

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
LICENCIADO

LA EFICIENCIA DE LOS PROCEDIMIENTOS ORDINARIOS DEL
SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.

JUAN BERNARDO PONCE CEVALLOS
DIRECTOR: DR. NESTOR ARBOLEDA TERÁN

QUITO, 2011

DEDICATORIA:

A mis padres, quienes siempre me han brindado su total apoyo en cada una de las etapas importantes de mi vida, así como también en las que aparentemente no han tenido ninguna importancia.

A mi familia, a mis tías, a mi tío, a mis primos, quienes han dado forma a mi espacio de diferentes maneras.

A mis amigos, los que siempre están cerca cuando uno más los necesita.

Al universo, que siempre tiene una pregunta que te obliga a crecer.

AGRADECIMIENTOS:

Al Dr. Néstor Arboleda Terán, sin su guía y apoyo esta disertación no hubiese sido posible.

A la Dra. Elena Hernández Brito, por su bondad y consejo.

A Carlos Albán Subía, por su apoyo y más que nada su amistad.

A mis maestros por todas las valiosas enseñanzas que uno comienza a apreciar con el tiempo.

A mis amigos, por creer y llenar a la alegría con inolvidables momentos.

A toda mi familia, por las grandes y pequeñas cosas y por todas las que vendrán.

ABSTRACT

De acuerdo con la normativa de la Organización de Estados Americanos (OEA), todo sistema de contratación para adquisiciones de los Estados a nivel regional, deberá contar con objetivos y componentes estratégicos de planificación presupuestaria, aprobación y ejecución presupuestaria, información y control. Cada Estado deberá decidir qué necesidades deben ser satisfechas y en que nivel, además del tipo de servicios bienes y obras que serán requeridos y en qué cantidad y definir la mejor estrategia de compras. Para alcanzar esta meta es necesario crear un marco legal que permita el cumplimiento de todos estos objetivos. Parte de este marco es el establecimiento de ciertos principios comunes a la contratación pública a nivel regional, para de esta manera unificar de cierta manera los diferentes sistemas de la región, pero principalmente desarrollar las normas locales que gobiernen los diferentes sistemas de contratación pública de cada país, tomando como base estos enunciados con miras a conducir de la manera más justa, transparente y equitativa las adquisiciones hechas por el Estado durante la vigencia presupuestaria.

En el caso ecuatoriano la mayor problemática se encuentra en la incongruencia de las normas accesorias como el Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, las Resoluciones emitidas por el ente regulador, el instituto Nacional de Contratación Pública e inclusive la misma Ley con los principios proclamados por esta para el desarrollo de los procesos ordinarios, es decir los que no forman parte del régimen especial establecido en la Ley y su Reglamento General, que son los más aplicados en el día a día de la contratación pública ecuatoriana.

Para la realización de la presente disertación utilicé una metodología netamente bibliográfica que se combinó con mi experiencia en este campo de lo que es producto el análisis sobre los procedimientos ordinarios de contratación pública en el que intento poner en evidencia las virtudes y defectos en cuanto al cumplimiento que tiene la normativa en relación a los principios que garantizan el buen ejercicio y el desarrollo de la contratación pública en el Ecuador.

El aporte que pretendo dar con esta disertación va dirigido a la aplicación de las normas, lo que quiere decir que a partir de mi análisis el lector pueda discernir sobre la correcta aplicación o no aplicación de ciertas normas que contravienen los

principios consagrados en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. De la misma forma pretendo promover la práctica de procedimientos y aplicación de normativas que auspicien y cumplan con los fundamentos establecidos en la LOSNCP, sugiriendo métodos que ayudarían a mejorar nuestro actual Sistema Nacional de Contratación Pública, promoviendo su evolución hacia un sistema transparente, justo, oportuno, apegado a la ley y que permita la igualdad entre los intervinientes así como la total participación nacional, manteniendo la calidad de los bienes, obras o servicios y procurando la vigencia tecnológica, para que el Estado se vea notablemente beneficiado y de esta manera todos los ecuatorianos.

ÍNDICE

| | |
|--|----|
| 1. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ECUADOR..... | 1 |
| 1.1 La Ley de Contratación Pública de 1990..... | 7 |
| 1.2 La creación del Sistema Nacional de Contratación Pública a partir de la publicación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en el año 2008..... | 16 |
| 2. LA CONSULTORÍA..... | 26 |
| 2.1. La contratación Directa de Consultoría..... | 28 |
| 2.2. La contratación por lista corta..... | 34 |
| 2.3. La contratación por concurso público..... | 46 |
| 3. LOS PROCEDIMIENTOS DINÁMICOS..... | 48 |
| 3.1. Las Compras por Catálogo Electrónico..... | 50 |
| 3.2. La Subasta Inversa Electrónica..... | 56 |
| 4. PROCEDIMIENTOS ALTERNATIVOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA..... | 62 |
| 4.1. La Licitación..... | 63 |
| 4.2. La Cotización..... | 71 |
| 4.3. La Menor Cuantía..... | 76 |
| 4.4. La Ínfima Cuantía..... | 79 |
| 5. EL ROL DEL INSTITUTO NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA..... | 83 |
| 5.1. EL Instituto Nacional de Contratación Pública como ente regulador..... | 86 |
| 5.2. Mejoramiento del Sistema Nacional de Contratación Pública..... | 90 |
| 6. PROBLEMAS Y SOLUCIONES EN LA APLICACIÓN DE LOS DIFERENTES PROCESOS ORDINARIO DE LA LEY ORGANICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y SU REGLAMENTO GENERAL..... | 92 |

| | |
|---|-----|
| 6.1. Problemas encontrados y posibles soluciones..... | 93 |
| 6.1.1. La falta de planificación por parte de las entidades contratantes..... | 93 |
| 6.1.2. El alto grado de discrecionalidad que existe en ciertas etapas de determinados procesos descrito en la Ley y en su Reglamento General..... | 98 |
| 6.1.3. La contratación local de artesanos y micro, pequeños y medianos empresarios..... | 100 |
| 7. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES..... | 102 |
| 7.1. Conclusiones..... | 102 |
| 7.2. Recomendaciones..... | 107 |
| BIBLIOGRAFÍA | |

1. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ECUADOR

El Estado es, según la definición clásica, la organización social más desarrollada, que tiene como propósito el bienestar común o, como se pronunciaron los constituyentes de Montecristi, el buen vivir (sumak kawsay). Para servir ese fin, de carácter general, el Estado recurre, entre otras actividades, a aprobar y poner en vigencia las leyes, a planificar y aprobar políticas, programas de obras y servicios públicos y los ejecuta, comúnmente, a través de contratos con particulares. El conjunto de procesos mediante los cuales los gobiernos, central o locales, ponen en marcha sus políticas y programas a fin de satisfacer las necesidades de la población, toma el nombre genérico de contratación pública.

Esta contratación debe efectuarse en el marco de la ley y ser más cuidadosa y exigente que la común y corriente.

De acuerdo con la normativa de la Organización de los Estados Americanos, todo sistema de contrataciones para adquisiciones de los estados a nivel regional, deberá contar con objetivos y componentes estratégicos de planificación presupuestaria, aprobación y ejecución presupuestaria, información y control. Cada estado deberá decidir qué necesidades deben ser satisfechas y en qué nivel, además del tipo de servicios, bienes y obras que serán requeridos y en qué cantidad, su costo estimado; también se deberá definir la mejor estrategia de compras, que debe ser congruente con el desarrollo del mercado local y se deberá establecer el mejor proceso de compra a fin de obtener el mejor valor económico.¹

Los sistemas de adquisiciones públicas requieren de ciertos elementos y organismos que servirán como base para su funcionamiento, que son:

1. Marco legal y regulatorio;
2. Instituciones capaces de asegurar su cumplimiento;
3. Estrategias de desarrollo de mercado; y,
4. Mecanismos de control, información y resolución de conflictos.

¹ Organización de Estados Americanos. Curso en línea de gestión de compras públicas, Módulo 1, 2011, Pág.1.

Estos elementos son indispensables en cuanto la contratación pública es un espacio en el cual aún el más estricto conjunto de controles, normas y sanciones, por la fluidez de importantes montos de recursos financieros, no puede asegurar que los servidores públicos actúen de conformidad con criterios éticos y eviten la aparición de actos de corrupción. Las adquisiciones del Estado deben someterse a una cuidadosa preparación de presupuesto y planificación; pueden servir a los objetivos institucionales, atender las necesidades comunes y las que se podrían llamar mayores o extraordinarias y realizarse en tiempo adecuado, evitando, en lo posible, la improvisación. La publicidad de los planes otorga a los proveedores el tiempo suficiente para preparar el suministro de bienes o servicios, lo cual contribuye a disminuir costos e incrementar la competencia y calidad.

Las adquisiciones públicas tienen gran relevancia como herramienta de política económica, desarrollo de mercados, promoción e inclusión social, promoción de empleo, desarrollo sectorial, desarrollo a nivel de pequeñas y medianas empresas y termómetro de la actividad estatal. La importancia de las adquisiciones estatales proviene del volumen de transacciones y su peso en la economía, lo que significa que a través de este mecanismo, cada país tiene la posibilidad de modificar en cierto grado las condiciones del mercado y la economía.

La Cumbre Mundial para el Desarrollo Sostenible llevada a cabo en el año 2002 comprometió a los países en la generación de políticas públicas orientadas al desarrollo sostenible en el consumo y fabricación de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras para disminuir la demanda de productos no sostenibles y dar preferencia a los proveedores que implementen procesos productivos responsables y respetuosos del medio ambiente. Con ese fin alentó la creación de iniciativas de inclusión de costos ambientales en las planillas de ofertas económicas dentro de los procedimientos de contratación pública y la calificación del compromiso ambiental en general.

La Organización de Estados Americanos recomienda que, para la aplicación de los sistemas de contratación pública, se tengan en cuenta los principios fundamentales de no discriminación, transparencia, eficiencia, eficacia y economía, con el fin de lograr un manejo cuidadoso de los recursos y cumplir el objetivo de la satisfacción de las necesidades públicas. Precisa que eficiencia en la contratación pública consiste en

actuar o producir con un mínimo de pérdida, gasto o esfuerzo innecesario mientras que eficacia es actuar en el menor tiempo posible, con el mínimo de costo y obtener los resultados esperados.² El sistema debe estar dotado de controles adecuados, efectivos y eficientes a fin de lograr un balance razonable entre transparencia, efectividad y eficiencia.

Al referirse a la transparencia, la Organización de Estados Americanos manifiesta que implica apertura, comunicación y responsabilidad; se la utiliza como un medio para lograr la responsabilidad individual por las decisiones tomadas por funcionarios públicos, a fin de ayudar a combatir la corrupción. La transparencia requiere un proceso de publicación de la información atinente a los procesos de planificación y ejecución del gasto público. No puede ser lograda sin el debido control por parte de la ciudadanía y el empoderamiento de los funcionarios públicos en una estructura salarial que sea competitiva y equiparada con el sector privado a fin de lograr los incentivos adecuados.

En todo proceso de compras públicas existen factores más relevantes que otros en la estrategia de las compras que modifican variables como la complejidad, innovación e incertidumbre respecto de lo que se requiere, conjuntamente con el tiempo disponible. Todo procedimiento inicia con la constatación de la necesidad, que, en buen número de situaciones, viene a ser la misión y el objetivo de las autoridades de contratación de las entidades contratantes y los organismos rectores del sistema de compras públicas. Es preciso que las necesidades, metas y objetivos sean cuantificables y sobre todo que no estén fuera de la realidad, es decir que, a partir de las potestades estatales e institucionales se fijen parámetros alcanzables, que no sobrepasen las posibilidades del Estado.

En ese marco, se debe definir qué es lo que se necesita o precisa comprar;

1. Cuáles son las mejores fuentes para entregar los elementos por adquirir;
2. El procedimiento apropiado y correcto;
3. Preparar las cláusulas y términos del contrato respectivo;
4. Elegir el proceso competitivo adecuado que se seguirá;
5. Organizar la evaluación de las ofertas;

² Organización de Estados Americanos. Curso en línea de gestión de compras públicas, Módulo 2, 2011, Pág.2.

6. Preparar la recomendación de adjudicación del contrato tomando en cuenta las ventajas y riesgos; y,
7. Documentar los detalles de forma tal que resistan una auditoría.

Uno de los elementos fundamentales en el funcionamiento de sistemas de contratación pública es el mantenimiento de la competitividad en el mercado, fortaleciendo los diferentes sectores de manera que sean lo suficientemente capaces de prolongar su actividad productiva el tiempo suficiente como para satisfacer las necesidades del Estado. Esto beneficia al sector público porque garantiza que en cada compra, alcanzará el mejor precio y la mejor calidad.

Visto lo dicho, se puede deducir que las compras públicas demandan un trabajo en equipo, con énfasis en la colaboración y coordinación. Por eso la configuración de equipos interdisciplinarios constituye una práctica recomendada por las directrices regionales sobre compras.

Los procesos de adquisición comprenden dos etapas debidamente diferenciadas:

1. La selección cualitativa de los oferentes; y,
2. La selección del contratista y adjudicación del contrato.

El objetivo de la primera etapa es la identificación de potenciales oferentes de bienes, servicios u obras, requeridos por la entidad contratante. Una vez concluida esta etapa y receptada la mayor cantidad posible de ofertas, se inicia la segunda etapa para adjudicar el contrato al oferente que propuso el precio más conveniente, con las características requeridas para el bien, servicio u obra

Las normativas expedidas a nivel regional para regular, controlar y transparentar el gasto hecho por cada país han influido de manera determinante en la creación del Sistema Nacional de Contratación Pública, que actualmente rige en el Ecuador. El objeto del sistema es regular todos los negocios jurídicos en los que intervienen el Estado a través de cualquiera de las funciones u organismos señalados en la Constitución de la República como parte del sector público, esto es:

1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social; 2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado; 3. Los organismos y entidades creados por la

*Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado; y, 4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.*³

La renovación del sistema de compras para el Estado era necesaria debido a que la ley existente, que ya había sufrido varias reformas en el pasado, no permitía aplicar principios, mecanismos, formas y recursos necesarios para el buen manejo de los recursos estatales y que estaban siendo utilizados por otros países con buenos resultados, permitiendo dinamizar sus economías. El Estado ecuatoriano, al verse inmerso dentro de una economía globalizada y ser testigo de los avances realizados por otros estados en materia de contratación pública, promovió el cambio hacia una legislación más amigable para que recurra a herramientas tecnológicas a fin de agilizar los trámites y, al mismo tiempo, garantizar la mayor transparencia. Acogiendo los modelos cercanos, principalmente el chileno, el Ecuador conformó el nuevo sistema de contratación. Esa emulación ha obligado a realizar varias modificaciones para adaptar el sistema a la realidad ecuatoriana. En efecto, la nueva legislación permite al Estado aplicar los principios y recursos tecnológicos actuales, poniendolo en una mejor posición para ejecutar planes y proyectos que ayuden al avance económico y social, en un término relativamente corto.

El avance en la contratación pública en el Ecuador propende hacia la catalogación de los bienes requeridos usualmente por el Estado de manera que, a través de herramientas como los convenios marco, se puedan facilitar y agilizar los procedimientos de contratación. El objetivo principal es incluir la mayor cantidad de bienes posibles dentro del catálogo electrónico del Instituto Nacional de Contratación Pública, de manera que las transacciones sean hechas mediante orden de compra, generada en Internet por la entidad contratante, sin necesidad de realizar procesos de selección de proveedores. Sin embargo, al momento de redactar este estudio solamente se cuenta en ese sistema con equipos de computación, impresoras, automóviles y suministros de oficina.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública recoge los principios mencionados a nivel regional de la siguiente manera:

³ Artículo 225. Ecuador. Constitución de la República del Ecuador. R.O. 449, del 20 de octubre de 2008.

Son objetivos prioritarios del Estado, en materia de contratación pública, los siguientes:

- 1. Garantizar la calidad del gasto público y su ejecución en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo;*
- 2. Garantizar la ejecución plena de los contratos y la aplicación efectiva de las normas contractuales;*
- 3. Garantizar la transparencia y evitar la discrecionalidad en la contratación pública;*
- 4. Convertir la contratación pública en un elemento dinamizador de la producción nacional;*
- 5. Promover la participación de artesanos, profesionales, micro, pequeñas y medianas empresas con ofertas competitivas, en el marco de esta Ley;*
- 6. Agilizar, simplificar y adecuar los procesos de adquisición a las distintas necesidades de las políticas públicas y a su ejecución oportuna;*
- 7. Impulsar la participación social a través de procesos de veeduría ciudadana que se desarrollen a nivel nacional, de conformidad con el Reglamento;*
- 8. Mantener una sujeción efectiva y permanente de la contratación pública con los sistemas de planificación y presupuestos del Gobierno central y de los organismos seccionales;*
- 9. Modernizar los procesos de contratación pública para que sean una herramienta de eficiencia en la gestión económica de los recursos del Estado;*
- 10. Garantizar la permanencia y efectividad de los sistemas de control de gestión y transparencia del gasto público; y,*
- 11. Incentivar y garantizar la participación de proveedores confiables y competitivos en el SNCP.⁴*

Esta norma constituye un gran avance sobre su predecesora, pero los parámetros sobre los cuales se evalúan los resultados de su aplicación, no necesariamente reflejan su verdadero potencial, así como tampoco los problemas que surgen de su limitación, pues no regula o no lo hace de manera satisfactoria, todos los posibles escenarios, que en la práctica pueden presentarse y, al no hacerlo, se pone en duda la eficiencia de sus principios y conceptos. En general se puede afirmar que la eficiencia se ve disminuida debido a la falta de prolijidad del constituyente al momento de describir el proceso precontractual.

⁴ Artículo 9. Ecuador. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. R. O. 395-Suplemento, del 4 de agosto de 2008.

Con estos antecedentes creo pertinente realizar un breve recuento de la legislación anterior, para comparar el pasado y el presente, a fin de obtener un criterio sobre las ventajas y desventajas, avances y retrocesos. En ese contexto también es necesario realizar un análisis sobre el origen del Sistema Nacional de Contratación Pública en el Ecuador.

1.1 La Ley de Contratación Pública de 1990.

1.1.1. Licitaciones y Concurso de Ofertas

La primera ley en la especialidad, que sirve de antecedente a nuestro análisis fue la de Licitaciones y Concurso de Ofertas que se expidió mediante Decreto Supremo número 679, publicado en el Registro Oficial número 159, del 27 de agosto de 1976. Su texto original no duró mucho tiempo: fue reformado mediante decretos supremos números 1633 y 2399, en los años de 1977 y 1978 respectivamente. Sufrió una nueva reforma en el año de 1984 mediante Ley número 165; un año más tarde, se volvió a enmendarla con Decreto Ley números 15. En 1986 nuevamente, con Decreto Ley número 22. Finalmente el 21 de mayo de 1990 se la enmendó por última vez mediante la expedición de la Ley número 72, publicada en el Registro Oficial número 411.

Con el pasar de los años y las numerosas reformas, el cuerpo normativo se tornó complejo y desactualizado, y se vio la necesidad de contar con un instrumento legal que regule adecuadamente los diversos aspectos de la contratación pública en el país, en forma ágil y adecuada a las características del desarrollo económico y técnico de la época⁵. Con esos propósitos nació la Ley de Contratación Pública, expedida mediante Registro Oficial número 501, del 15 de agosto de 1990.

La primera Ley de Contratación Pública contemplaba la adquisición de bienes, obras y servicios excepto los regulados por la Ley de Consultoría. Exceptuaba también a las actividades de adquisición de fármacos realizadas por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, las que serían reguladas mediante un Reglamento específico para estas actividades. Las contrataciones concernientes a las actividades

⁵ Considerando. Ecuador. Ley de Contratación Pública, R.O. 501, del 16 de agosto de 1990.

comunicacionales destinadas a promover las acciones del Gobierno Nacional y de sus instituciones, tampoco estaban sujetas a esta ley.

La ley describía tres vías para la ejecución de los procedimientos precontractuales, que eran: la licitación, el concurso público y las adquisiciones inferiores al monto para acceder a las dos anteriores, las cuales debían ser normadas mediante reglamento expedido por cada uno de los organismos contratantes a su conveniencia. También se exceptuaban los procedimientos los que fueran necesarios para superar emergencias internas o de inminente agresión externa.

Este cuerpo normativo se fundamentaba en tres principios:

- a) Oposición o concurrencia.- Tenía como objeto la presentación del mayor número posible de oferentes que, cumpliendo con los requisitos precontractuales, daban lugar a la elección de la propuesta más ventajosa a los fines institucionales. Se oponía a la presencia de ofertas únicas, porque no se podría establecer su conveniencia.⁶
- b) Igualdad.- Implicaba la participación de los oferentes en idénticas condiciones; todos los documentos precontractuales entregados tenían que ser iguales. En base a este principio no se podían aceptar las ofertas alternativas, a menos que hubiesen estado previstas, lo cual no implicaba desechar toda la oferta sino únicamente la parte no estipulada.⁷
- c) Publicidad.- Se entendía como un principio complementario a los dos anteriores; sostenía que toda actuación de la administración, con las restricciones del caso, podía ser conocida por los ofertantes.⁸

El método más usado fue la licitación, porque era público, fomentaba la participación de todos los interesados, se regía por un procedimiento pre-establecido y dificultaba, sin impedir totalmente, la manipulación de sus resultados.⁹

⁶ Aurelio Garófalo Salazar. Manual Teórico Práctico de Contratación Pública, Quito. Editorial PUDELECO Editores S.A., 2004. Pág. 13.

⁷ Aurelio Garófalo Salazar. Manual Teórico Práctico de Contratación Pública, Quito. Editorial PUDELECO Editores S.A., 2004. Pág. 14.

⁸ Aurelio Garófalo Salazar. Manual Teórico Práctico de Contratación Pública, Quito. Editorial PUDELECO Editores S.A., 2004. Pág. 14.

⁹ Aurelio Garófalo Salazar. Manual Teórico Práctico de Contratación Pública, Quito. Editorial PUDELECO Editores S.A., 2004. Pág. 14.

La licitación presentaba algunas desventajas: a) el lento procedimiento que, además, permitía a los oferentes realizar reclamos que paralizaban el curso normal del proceso; y, b) el costo de preparar, convocar y llevar adelante el procedimiento precontractual por los contratantes, y la obtención de los diferentes permisos y certificaciones exigidos para los oferentes.¹⁰

La ley de Contratación Pública utilizaba un sistema de libre elección que confería en la facultad directa y discrecional a la administración de decidir con que persona natural o jurídica se iba a contratar, Frente a los problemas que se podrían derivar de las actuaciones arbitrarias la ley prevería la acción de lesividad descrita en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva:

La anulación por parte de la propia Administración de los actos declarativos de derechos y no anulables, requerirá la declaratoria previa de lesividad para el interés público y su impugnación ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente.

La lesividad deberá ser declarada mediante Decreto Ejecutivo cuando el acto ha sido expedido ya sea por Decreto Ejecutivo o Acuerdo Ministerial; en los otros casos, la lesividad será declarada mediante Resolución del Ministro competente.

La acción contenciosa de lesividad podrá interponerse ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo en el plazo de tres meses a partir de la declaratoria de lesividad.¹¹

Para evitar que la administración adjudique contratos que no habían sido resultado de un procedimiento precontractual cuando la ley así lo establecía, se encontraba en la Ley de Contratación Pública señalaba las causales de nulidad de los contratos:

Los Contratos regidos por esta ley serán nulos en los siguientes casos:

- a) Por las causas de nulidad general de los contratos;*
- b) Cuando no se hubiere solicitado los informes requeridos por la ley;*
- c) Cuando solicitados los informes, se hubiere celebrado el contrato sin uno o varios de ellos, antes de haberse vencido el término previsto para expedirlos;*

¹⁰ Garófalo Salazar, Aurelio, Manual Teórico Práctico de Contratación Pública, Quito, Editorial PUDELECO Editores S.A., 2004, Pág. 14.

¹¹ Artículo 97. Ecuador. Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. R.O. 536, del 18 de marzo de 2002.

- d) *Si en el contrato no se recogieron las observaciones formuladas por los funcionarios informantes; y,*
- e) *Cuando se celebraren pese a que uno de los informes previstos en el artículo 60 fuere negativo.*

El Contralor o el Procurador General del Estado, tan pronto tengan conocimiento de cualquiera de estas irregularidades demandarán la nulidad del contrato, sin perjuicio de las responsabilidades administrativa, civil o penal de los funcionarios por cuya culpa se hubiere causado la nulidad.¹²

Si el contrato se adjudicaba siguiendo el procedimiento previsto, pero se omitía cierta parte de este; el error podía ser convalidado, lo que quería decir que implicaba una nulidad relativa.

La nulidad absoluta del contrato solamente podía ser declarada por el juez competente, mientras que la nulidad relativa podía correr a cargo del administrador. De acuerdo con la ley, los vicios convalidables tenían como característica el que daban lugar a reparaciones recíprocas tanto del contratista como del contratante.

La ley preveía dos tipos de licitación, la pública y la privada. La licitación pública se caracterizaba porque el número de participantes podía ser ilimitado; se consideraba como un proceso abierto que brindaba al Estado las mayores garantías. La licitación privada contaba con un número limitado de participantes invitados (personas naturales o jurídicas); por lo tanto, era de tipo cerrado, con la participación de por lo menos dos oferentes con el ánimo de preservar el principio de oposición.¹³

El registro de proveedores era privado pero era obligatorio para los contratantes contar con uno, a fin de convocar a dos o más oferentes en cada licitación. Esto permitía elegir a quién se quería contratar y el mejor precio.

Existía una figura especial que era la Licitación Restringida: solamente podían intervenir personas naturales o jurídicas que reunían determinadas condiciones, lo cual implicaba una calificación previa de los participantes. Este tipo de licitación no

¹² Artículo 58. Ecuador. Ley de Contratación Pública, R.O. 272, del 22 de febrero de 2001.

¹³ Aurelio Garófalo Salazar. Manual Teórico Práctico de Contratación Pública, Quito. Editorial PUDELECO Editores S.A., 2004. Págs. 22 y 23.

estaba contemplada dentro de la Ley de Contratación Pública sino en la ley especial, la Ley de Modernización.¹⁴

Para llevar a cabo cualquier contratación era indispensable que el oferente presentase la documentación precontractual de la forma que lo exigía la ley:

La máxima autoridad de la entidad, de acuerdo con la planificación establecida y considerando la naturaleza, objeto y presupuesto referencial de la obra a ejecutarse, del bien a adquirirse, o del servicio a prestarse resolverá iniciar el trámite que corresponda, para lo cual deberá disponer de los siguientes documentos precontractuales:

a) Convocatoria: contendrá el objeto de la contratación, la forma de pago; la indicación del lugar en que deben retirarse los documentos precontractuales y entregarse las propuestas y derechos de inscripción, el día y hora hasta los cuales se recibirán las ofertas y el señalamiento de la fecha de la apertura del sobre único, que se realizará hasta una hora más tarde de la fecha de cierre de presentación de las propuestas;

b) Modelo de carta de presentación y compromiso: contendrá la obligación del oferente de someterse a las exigencias y condiciones de los documentos precontractuales y contractuales caso de ser adjudicatario;

c) Modelo de formulario de propuesta: precisará rubros, cantidades, unidad, precios unitarios, globales y totales, plazos de ejecución, tipo de moneda, identificación y firma de responsabilidad del oferente;

d) Instrucciones a los oferentes: fundamentalmente comprenderán, un detalle del objeto de la contratación, indicaciones para la elaboración y presentación de la propuesta; causas para el rechazo de propuestas y facultad de declarar desierto el procedimiento, trámite de aclaraciones, garantía de seriedad de la oferta, proceso a cumplirse hasta la adjudicación, notificación de la misma; plazo de validez de la oferta; impuestos y contribuciones, forma de celebrar el contrato; sanciones por su no celebración; y, garantías que se exijan para el contrato;

e) Proyecto de contrato: contendrá, a más de las cláusulas que le sean propias, las estipulaciones relativas a la terminación o resolución, recepciones, obligaciones, garantías, y las demás que sean del caso, según la naturaleza de la contratación; además cláusulas que establezcan las responsabilidades de los funcionarios que no cumplan oportunamente con las obligaciones de pago previstas contractualmente,

¹⁴ Aurelio Garófalo Salazar. Manual Teórico Práctico de Contratación Pública, Quito. Editorial PUDELECO Editores S.A., 2004. Pág. 23.

contando con los recursos económicos suficientes, y de solución de conflictos;

f) Especificaciones generales y técnicas: comprenderá el detalle de los requerimientos mínimos y rangos de variación, según sea el caso, sin incluir características exclusivas de determinada marca, patente o procedimientos registrados;

g) Planos: serán los que contengan el diseño definitivo y precisen la obra a ejecutarse en sus características básicas. En el caso de obras públicas que se destinen a actividades que supongan el acceso de público, en el diseño definitivo deberá contemplarse la existencia de accesos, medios de circulación e instalaciones adecuadas para personas con discapacidad;

h) Valor estimado: incluirá el presupuesto referencial de la contratación, calculado en función del plazo estimado del contrato, y señalará la fecha de cálculo;

i) Plazo estimado de ejecución del contrato;

j) Lista de equipo mínimo requerido, si fuere del caso; y,

k) Principios y criterios para la valorización de ofertas que deberán considerar necesariamente el porcentaje de bienes y servicios de origen nacional ofrecidos dentro de las especificaciones técnicas y de calidad que se requieren y en ningún caso los documentos precontractuales contendrán condiciones que limiten la posibilidad de participación de oferentes nacionales.

Todos los documentos serán elaborados, bajo su responsabilidad por la entidad. El Comité de Contrataciones aprobará únicamente los señalados en los literales a), b), c), d), e) y k), dentro del término de cinco días, contado desde la fecha de su recepción.¹⁵

Una vez aprobados estos documentos, debían ser sometidos a varios informes de la Procuraduría General del Estado, (sobre el aspecto legal de la contratación) y de la Contraloría General del Estado (sobre las condiciones del contrato).

Si la contratación versaba sobre mejora, ensanchamiento o construcción de caminos, se requería el informe del Ministerio de Obras Públicas; si se trataba de construcción de refinerías, aeródromos, instalaciones industriales o caminos, el informe del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas; para proyectos de construcción de infraestructura en general, en circunscripciones urbanas, era necesario el informe de la

¹⁵ Artículo 16. Ecuador. Ley de Contratación Pública, R.O. 272 del 22 de febrero de 2001.

respectiva municipalidad y, para adquisición de vehículos, el informe de la comisión automotriz.¹⁶

Ley señalaba que el organismo competente para la licitación y el concurso público de ofertas era el comité de contrataciones. Sus decisiones se caracterizaban por:

- a) Presunción de legitimidad.- Implicaba la regularidad de acto emitido y su origen conforme a derecho. Toda impugnación en contra del acto debía ser alegada y probada de acuerdo el Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.
- b) Ejecutoriedad.- Se la trataba como una consecuencia de la actividad administrativa y su presunción de legalidad. Debía ser factible, física y jurídicamente.
- c) Impugnabilidad.- El acto administrativo podía ser impugnado mediante recurso administrativo o judicial. En sede administrativa ante el mismo comité, de acuerdo con el Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva: *“Las diferentes manifestaciones jurídicas que han intervenido en la formación y ejecución de un contrato administrativo son susceptibles de ser impugnadas en sede administrativa o judicial de conformidad con este estatuto y la ley respectiva [...]”*¹⁹
- d) Ejecutividad.- Se refería a la obligatoriedad del acto administrativo. Se podía exigir su cumplimiento a la administración. El que un acto administrativo sea ejecutivo implicaba la validez del mismo, mientras no sea declarado inválido.²⁰
- e) Estabilidad.- Garantizaba la permanencia de los actos administrativos. *“Los errores de hecho o matemáticos manifiestos pueden ser rectificadas por la misma autoridad de la que emanó el acto en cualquier momento hasta tres años después de la vigencia de éste.”*²¹

¹⁶ Aurelio Garófalo Salazar. Manual Teórico Práctico de Contratación Pública, Quito. Editorial PUDELECO Editores S.A., 2004. Pág. 26.

¹⁹ Artículo 77. Ecuador. Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. R.O. 536, del 18 de marzo de 2002.

²⁰ Aurelio Garófalo Salazar. Manual Teórico Práctico de Contratación Pública, Quito. Editorial PUDELECO Editores S.A., 2004. Pág. 29.

²¹ Artículo 98. Ecuador. Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. R.O. 536, del 18 de marzo de 2002.

La competencia de los comités de contratación finalizaba con la celebración del contrato respectivo mientras que su formalización correspondía a la administración.

La designación del técnico que de acuerdo con la ley, debe ser nominado por los colegios profesionales, y de su suplente, se hará por el colegio o federación nacional, en el caso de que la institución u organismo que convoque a la licitación o concurso tenga ámbito de acción nacional; y por el colegio o asociación provincial en que opera en la entidad u organismo que convoca la licitación o concurso, en caso de que la entidad u organismo tenga un ámbito de acción regional, provincial o cantonal.

El colegio profesional que designa el técnico miembro del Comité de contrataciones será aquél al cual de acuerdo con las leyes de ejercicio profesional vigentes, le corresponda la mayor participación en el proyecto.

A tal efecto la entidad u organismo oficiará al colegio o federación que corresponda. Si éste no recibiere el oficio, podrá recabar su envío a la entidad u organismo, para acreditar de inmediato el correspondiente delegado.

Para el caso de que no exista colegio profesional en la respectiva provincia, la entidad u organismo oficiará al colegio o asociación existente en la capital provincial más cercana.

Si el colegio o asociación gremial correspondiente no designare el referido técnico, en el término de cinco (5) días de recibida la solicitud de designación, el Comité podrá reunirse sin ese delegado, con el quórum previsto en el artículo 13 de la ley.

Cuando, por la naturaleza de los bienes que se vayan a adquirir o de los servicios que se deseen contratar, no puede identificarse específicamente el colegio profesional a cuyo ámbito de actividad corresponde la mayor participación en el proyecto, se integrará el Comité con un delegado del colegio profesional según decida la entidad contratante.

Los delegados suplentes para los comités de organismos de ámbito nacional, serán designados por el colegio o federación nacional, del ternas presentadas por el colegio o asociación profesional de la provincia en que opere la oficina matriz de la respectiva institución.²²

El comité de contrataciones debía estar conformado por: el Ministro, autoridad máxima de la institución o su delegado quien lo presidía, el director de asesoría jurídica y tres técnicos. Los técnicos, podían ser designados por la autoridad máxima,

²² Artículo 16. Ecuador. Reglamento General de la Ley de Contratación Pública. R. O. 622-Suplemento, del 19 de julio de 2002.

pero debían estar capacitados en la aplicación de procedimientos precontractuales y en materias afines al objeto del contrato.

Las convocatorias a sesiones del comité debían ser hechas por escrito por lo menos con un día hábil de anticipación a la fecha de reunión y en ella se debía incluir el orden del día y los documentos a tratarse.. El comité se integraba válidamente con cuatro de sus cinco miembros presentes; el voto de estos miembros era obligatorio pudiendo ser afirmativo o negativo, pero no podía ser de abstención; en caso de empate, la resolución se inclinaba hacia el voto del presidente del comité.²³

La ley contemplaba la posibilidad de solicitar asesoría a la Contraloría y a la Procuraduría General del Estado, respecto de la organización y desarrollo formal de los procesos precontractuales. Para el efecto, se debía remitir solicitud escrita acompañada de los criterios del presidente del comité y del asesor jurídico. El comité de contrataciones estaba facultado a establecer comisiones de apoyo y técnicas, conformadas por especialistas en la materia contractual, las cuales emitían informes no obligatorios..²⁴

Acerca de las garantías que debían ser otorgadas por el contratista, esta ley contemplaba cinco clases:

1. Garantía por la seriedad de la oferta.- Equivalente al 2% del monto total de la contratación; se la presentaba antes de la oferta y permanecía vigente hasta la firma del contrato.
2. Garantía por la celebración del contrato.- Equivalente al 5% del monto total de la contratación; debía presentarse antes de la celebración del contrato y permanecía vigente hasta la recepción definitiva.
3. Garantía de buen uso del anticipo.- Equivalente al 100% del monto entregado en calidad de anticipo; debía ser presentada antes de la recepción del anticipo.
4. Garantía por el pago parcial de la obra ejecutada.- Equivalente al 5% del monto total de la contratación; debía presentarse antes de recibir el pago de la planilla y permanecía vigente hasta la amortización del anticipo.

²³ Aurelio Garófalo Salazar. Manual Teórico Práctico de Contratación Pública, Quito. Editorial PUDELECO Editores S.A., 2004. Pág. 31.

²⁴ Aurelio Garófalo Salazar. Manual Teórico Práctico de Contratación Pública, Quito. Editorial PUDELECO Editores S.A., 2004. Pág. 32.

5. Garantía técnica del fabricante.- Equivalente al 100% del valor del bien adquirido; debía ser presentada antes de la firma del contrato, pero podía efectivizarse después de la recepción del bien; permanecía vigente hasta la recepción provisional.

Las garantías debían ser otorgadas por bancos o instituciones financieras o por compañías de seguros con las características de incondicionales, irrevocables y de cobro inmediato.

Esta ley presentaba vacíos y daba lugar a procedimientos precontractuales poco transparentes, a más de que sus fórmulas no brindaban la necesaria agilidad en los procesos de adquisiciones realizados por entidades del sector público. Estas falencias intentarían ser corregidas con la expedición de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en el año 2008, con el objetivo de revitalizar y revigorizar el sistema, tendiendo a una actividad contractual estatal transparente y de público acceso, uniéndose a la tendencia regional de aplicación de componentes tecnológicos, para facilitar y garantizar una contratación pública rápida, eficaz y eficiente.

1.2 La creación del Sistema Nacional de Contratación Pública a partir de la publicación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en el año 2008.

La Asamblea Nacional Constituyente aprobó el año 2008 (Registro Oficial del 4 de agosto de 2008), la nueva Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Su finalidad principal era crear un sistema que armonice a todas las instancias, organismos e instituciones en los ámbitos de planificación, programación, presupuesto, control, administración y ejecución de las adquisiciones de bienes y servicios así como en la ejecución de obras públicas que se realicen con recursos públicos²⁵. Se anotaba que el sistema anterior había fallado debido a la falta de planificación y de políticas de compras en las entidades estatales, muy probablemente producida por la insuficiencia en la regulación y por el ejercicio discrecional de cada una de las autoridades de las instituciones. En el anterior sistema se producía un desperdicio de recursos públicos, pues los organismos atendían sus necesidades

²⁵ Primer Considerando. Ecuador. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, R.O. 395-Suplemento, del 4 de agosto de 2008.

inmediatas sin tomar las debidas precauciones para el resto del ejercicio fiscal. Por ejemplo, se compraba el mismo tipo de bien varias veces en un mismo año y esto originaba perdidas para el Estado. Se estimó que hacer una compra significativa una vez en el año sería más barato pues puede haber lugar a descuentos por volumen y no se corría el riesgo que el precio del bien se incremente en el transcurso del año. Por esta razón, la nueva Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública hizo hincapié en la planificación como requisito fundamental para realizar adquisiciones.

Otra de las motivaciones fue la falta de celeridad en los procesos de compra de bienes y servicios. La nueva ley consideró indispensable innovar la contratación pública mediante procedimientos ágiles, transparentes, eficientes y tecnológicamente actualizados, que impliquen ahorro de recursos y que faciliten las labores de control tanto de las entidades contratantes, como de los propios proveedores de obras, bienes y servicios y de la ciudadanía en general.²⁶

Se realizaron cambios fundamentales en los procedimientos hasta entonces utilizados por la Ley de Contratación Pública. Se eliminó el cobro de derechos de participación para los procesos de contratación y la presentación de garantía de seriedad de la oferta que anteriormente se otorgaba por el dos por ciento (2%) del presupuesto referencial. Se eliminó la obligatoriedad de la garantía de fiel cumplimiento del contrato a las adquisiciones de bienes, servicios y obras, incluidos los de consultoría, que no superen al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0.000003 por el Presupuesto Inicial del Estado. Para el año fiscal 2011 este valor fue de US\$ 71.857,50 (Setenta y un mil ochocientos cincuenta y siete dólares de los Estados Unidos de América con 57/100). También se eliminaron los pagos por concepto de derechos a la Procuraduría General del Estado, Contraloría General del Estado, Secretaría Nacional de Ciencia y Tecnología, Colegio de Ingenieros Civiles y Colegio de Arquitectos del Ecuador. Otro cambio notorio fue la supresión de la obligatoriedad de elevar a escritura pública la mayoría de los contratos.

Se implementó la creación del Registro Único de Proveedores como una sola base de datos centralizada que reduce costos y agiliza la tramitación al eliminar la serie de registros que eran antes exigidos en las diferentes entidades públicas. La finalidad de

²⁶ Tercer Considerando. Ecuador. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. R.O. 395-Suplemento, del 4 de agosto de 2008.

este Registro es garantizar a la entidad contratante que la persona natural o jurídica que pretende contratar con el Estado no tenga algún tipo de impedimento y sea un legítimo proveedor del bien o servicio que se desea adquirir y que, por ende, posee la capacidad tanto técnica como la infraestructura para cumplir con las demandas hechas por la institución pública. En el caso de las personas naturales, garantizar que tengan los títulos profesionales que les permitan incursionar en el tipo específico de contratación. En el caso de personas jurídicas, la constancia de que se tratan de compañías registradas en el Ecuador y que su capital no se encuentre invertido en paraísos fiscales, así como que sus socios no sean objeto de procedimientos litigiosos que puedan afectar en forma alguna a los intereses del Estado.

Uno de los objetivos principales del Sistema Nacional de Contratación Pública es la obligatoriedad de consumir bienes y servicios nacionales en la medida de lo posible.

*Las compras públicas cumplirán con criterios de eficacia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social. Se priorizarán los productos y servicios nacionales, en particular los provenientes de la economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas.*²⁸

Como uno de los puntos centrales de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se abordó la problemática generada por la transparencia y el control de los actos y hechos generados durante el proceso previo a la contratación y la fase de ejecución propia de cada contrato. Las nuevas herramientas tecnológicas, como el Portal de Compras Públicas, permiten a la ciudadanía ejercer control sobre las instituciones del Estado, de conformidad con el principio de participación establecido en la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 95.

El desarrollo del Sistema Nacional de Contratación Pública, a través de la utilización las tecnologías de la información y la comunicación, permite el acercamiento de la actividad contractual pública a la ciudadanía y hace posible un control en tiempo real de los sucesos registrados en cada una de las etapas precontractuales, propias de la adquisición de bienes, servicios y obras, generada por cada una de las instituciones a nivel nacional. Esto se logra mediante la publicación en el portal de internet

²⁸ Artículo 288. Ecuador. Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, del 20 de octubre de 2008.

www.compraspublicas.gob.ec, de toda la documentación que avala el cumplimiento de la ley en todas las etapas del proceso de contratación.

Para igualar el terreno en el cual los oferentes deberán competir y cumplir con los principios de trato justo, igualdad, vigencia tecnológica, transparencia y participación nacional, de acuerdo con lo señalado en el artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el sistema define lo que representan los bienes y servicios normalizados, característica fundamental para la mayoría de bienes que deberán ser requeridos por las instituciones públicas. La mencionada ley los describe de la siguiente manera: *“Objeto de contratación cuyas características o especificaciones técnicas se hallen homologadas y catalogadas.”*²⁹

La clave que caracteriza a la mayoría de bienes y servicios requeridos por las instituciones estatales a través del Sistema Nacional de Contratación Pública es la homologación de su naturaleza. De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, homologar significa *“Equiparar, poner en relación de igualdad dos cosas.”*³⁰ La entidad contratante es la encargada de homologar su requerimiento, de manera que pueda ser acogido por la mayor cantidad de proveedores del bien o servicio dentro del mercado ecuatoriano, para esto es necesario que especialistas en la materia propia de la contratación describan de manera específica la necesidad sin mencionar características que podrían excluir a la generalidad de oferentes, como por ejemplo la marca y el modelo de un bien específico. Esto permite que proveedores de bienes o servicios tengan la oportunidad de plantear sus respectivas ofertas concursando con bienes o servicios de diferentes marcas y modelos, que cumplan con las especificaciones técnicas requeridas por la institución del Estado, ampliándole el rango de posibilidades y facilitando a la entidad la adquisición de un determinado bien o servicio y al mismo tiempo poniendo en iguales condiciones a los oferentes, garantizando la libre competencia e inclusive la participación de micro, pequeños y medianos empresarios, aumentando de esta manera las fuentes de trabajo, que es uno de los objetivos de la normativa de contratación pública vigente.

²⁹ Artículo 6, numeral 2. Ecuador. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. R.O. 395-Suplemento, del 4 de agosto de 2008.

³⁰ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Tomo II. Madrid. Editorial Espasa-Calpe S.A., 1984, Pág. 742.

Como se había mencionado al inicio de este acápite, uno de los hechos que motivaron la creación del nuevo Sistema Nacional de Contratación Pública, fue la falta de planificación por parte de los organismos contratantes para hacer sus compras. Para solucionar este inconveniente la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, obliga a las entidades del sector estatal a ingresar en la base de datos del Instituto Nacional de Contratación Pública, un Plan Anual de Contrataciones (P.A.C.), mismo que debe incluir todas las adquisiciones de bienes, servicios y obras que se realizarán durante el período fiscal vigente. Esto obliga a las instituciones públicas a programar su gasto de manera ordenada y da a los oferentes interesados el suficiente tiempo para preparar su oferta e inclusive mejorar condiciones como el tiempo de entrega de los bienes, al conocer con la debida anticipación, la intención de cierta entidad del sector público de adquirir determinado bien o servicio.

La programación es pieza fundamental de toda la organización de la contratación pública a nivel nacional; permite controlar de manera más eficiente la gestión de las diferentes instituciones del Estado. Si bien es posible hacer reformas del Plan Anual de Contratación durante el período fiscal en curso, cambios que se ajustarán de acuerdo con la necesidad de cada organismo estatal, la idea es que la mayoría de los gastos sean programados, de manera que todos los egresos entren a formar parte de un plan nacional de compras, dirigiendo la inversión y evaluando el cumplimiento de objetivos del Gobierno Nacional de manera anual. El Plan Anual de Contrataciones de cada entidad es publicado en el sitio de internet de cada institución y debe ser remitido al Instituto Nacional de Contratación Pública, del primero (1), hasta el quince (15) de enero de cada año³¹, caso contrario la entidad quedará inhabilitada para realizar adquisiciones en ese período. Este avance en el manejo de la contratación pública da un sentido de organización y permite plantear objetivos y metas, haciendo que el egreso fiscal sea ordenado y facilitando el direccionamiento del gasto de inversión a los sectores que más lo necesitan.

En relación al control que ejerce el Sistema Nacional de Contratación Pública, de conformidad con el artículo 14 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, será intensivo, interrelacionado y completamente articulado

³¹ Artículo 22, inciso segundo. Ecuador. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. R.O. 395-Suplemento, del 4 de agosto de 2008.

entre los diferentes entes con competencia para ello.³² Como parte de este mandato legal, el Instituto Nacional de Contratación Pública, INCOP, realiza una revisión permanente de los datos ingresados por las entidades contratantes al portal de compras para detectar irregularidades y suspender los procesos que presenten fallas o sospechas de estar viciados en alguna forma. Esta facultad fue otorgada al Instituto mediante un comunicado de la Secretaría Nacional de la Administración Pública, dirigido al Director Ejecutivo del INCOP:

*[...] por disposición del señor Presidente Constitucional de la República, le comunico que se le instruye la posibilidad de sugerir la suspensión de un proceso de contratación pública a la entidad contratante que corresponda, en razón de una observación que advierta una posible distorsión al Sistema. Su sugerencia deberá ser comunicada adicionalmente a la Secretaría Nacional de la Administración Pública. Por disposición del señor Presidente Constitucional de la República, su sugerencia de suspensión del procedimiento, debe ser acatada inmediatamente, por los servidores de la Función Ejecutiva que integran la Administración Pública Central e Institucional, para introducir los correctivos necesarios para cesar la eventual distorsión del Sistema, si fuere el caso, o convocar a un nuevo procedimiento.*³³.

Conforme el artículo 15 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el INCOP no posee facultad sancionadora sobre actos, omisiones, actores o intervinientes en los procedimientos de contratación; tiene la obligación de informar a la Contraloría y a la Procuraduría General del Estado cada vez que conozca de infracciones a la LOSNCP. La Contraloría General del Estado y la Procuraduría General del Estado son los órganos llamados a ejercer el control ex-post de los actos administrativos que conducen a la erogación del gasto público derivado de adquisiciones de bienes, servicios u obras, de la manera establecida en los artículos 211, 212, 235 y 237 numeral 4, de la Constitución de la República.

La Contraloría General del Estado ejerce sus funciones mediante auditorías internas, externas y otros procedimientos; determina responsabilidades administrativas, civiles culposas e indicios de responsabilidad penal. La Contraloría puede sancionar pecuniariamente a los funcionarios que hubieren incurrido en actos ilícitos que perjudiquen económicamente al Estado y puede pedir que se aplique el derecho de

³² Artículo 14. Ecuador. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, R.O. 395-Suplemento, del 4 de agosto de 2008.

³³ Ecuador. Oficio No. SNA-0-10-600, del 9 de febrero de 2010.

repetición contemplado en la Constitución de la República “[...] *El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas [...]*”³⁴. En el ámbito contractual, las sanciones administrativas se señalan de acuerdo con las obligaciones legales y contractuales. A la Procuraduría General del Estado le corresponde el controlar el estricto apego a la ley en los actos y contratos realizados por las entidades del sector público, y perseguir administrativa o judicialmente el incumplimiento o la mala aplicación de las normas en los procesos de contratación pública que puedan dar como resultado actos o contratos que conlleven perjuicios para el Estado, que pueden ser tanto de carácter económico o que tengan que ver con el tipo y calidad de los bienes, servicios u obras adquiridos por las instituciones contratantes.

Con la creación del Sistema Nacional de Contratación Pública nace el concepto de los procedimientos dinámicos, que son las compras por catálogo y la subasta inversa, que apuntan a la adquisición de bienes o servicios normalizados y tienen como finalidad facilitar los procesos con la aplicación de herramientas tecnológicas que ofrece el nuevo portal de compras. En el caso particular de las compras por catálogo el aspecto de normalización de los bienes, si bien le corresponde a la entidad pública adquirente, deben sujetarse a la oferta existente en la página Web del INCOP.

Otros conceptos introducidos por el nuevo Sistema Nacional de Contratación Pública son los de compras de inclusión y compras corporativas, en donde se manejan parámetros como la participación nacional y local, así como el de desagregación tecnológica. Este tipo de procedimientos intentan favorecer a los micro, pequeños y medianos productores de las localidades en donde existe la necesidad. De esta forma se evitaría la competencia con empresas de gran tamaño y se crearían fuentes de trabajo para sectores marginados u olvidados. Sin embargo estos parámetros no han sido suficientemente descritos por la normativa vigente y son de difícil aplicación.

Se establecen como parte de los procedimientos ordinarios, los de menor cuantía, cotización, ínfima cuantía y licitación, los cuales se diferencian entre sí

³⁴ Artículo 11, numeral 9, inciso tercero. Ecuador. Constitución de la República del Ecuador. R.O. 449, del 20 de octubre de 2008.

principalmente por el monto de contratación y la ubicación geográfica en donde se va a ejecutar la obra, entregar el bien o brindar el servicio.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, con el fin de precautelar la aplicabilidad de los procedimientos, enuncia los siguientes principios:

1. Principio de legalidad.- Este principio se encuentra consagrado en la Constitución de la República y señala que:

*Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley.*³⁵

Este principio establece el ámbito de acción de todos los órganos que están contemplados como parte del sector público, y establece la restricción de que solo puede hacerse lo que está ordenado por la ley sin la posibilidad de realizar una interpretación de carácter extensivo, propia del derecho privado. Partiendo de este principio, se debe entender que todas las actuaciones en los procedimientos precontractuales y contractuales deben estar estrictamente sujetas a las disposiciones legales aplicables.³⁶

2. Trato justo.- Se refiere a que la entidad contratante debe inhibirse de dar un trato preferente o discriminatorio a cualquiera de los oferentes dentro de un procedimiento de contratación pública; la no aplicación de este principio puede derivar en sanciones de carácter administrativo hacia el funcionario o funcionarios que inobservaron este principio, dando ventaja a tal o cual proveedor. En muchos aspectos el principio de trato justo se ve ligado estrechamente al de igualdad, pues, son conceptos complementarios que protegen la integridad del procedimiento precontractual principalmente.
3. Igualdad.- Manifiesta que debe darse el mismo trato a todos los participantes en un proceso de contratación pública, nivelando las condiciones. Este principio sustenta el concepto de bienes normalizados, promoviendo la homologación de los requerimientos emitidos por la entidad contratante para

³⁵ Artículo 226. Ecuador. Constitución de la República del Ecuador. R.O. 449, del 20 de octubre de 2008.

³⁶ Pérez, José Antonio, Et. Al, Manual de Contratación Pública, Quito, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011, Pág. 64.

hacer posible la igual participación de los oferentes sin brindar preferencias a ningún tipo específico de bien o servicio haciendo viable la aplicación de un trato justo. La LOSNCP se refiere a este principio de la siguiente manera: *“Los pliegos no podrán afectar el trato igualitario que las entidades deben dar a los oferentes ni establecer diferencias arbitrarias entre estos.”*³⁷

4. Calidad.- El objetivo de este principio es precautelar la inversión estatal en bienes, servicios u obras; trata de evitar el desperdicio de recursos económicos en cosas que sean de poca durabilidad o de bajo. La Constitución de la República del Ecuador establece a la calidad como uno de los criterios que deben tomarse en cuenta al momento de realizar las adquisiciones programadas por las entidades del sector público: *“Las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social [...]”*³⁸
5. Vigencia tecnológica.- Las instituciones públicas deben propender a adquirir bienes que presenten las especificaciones técnicas más actuales posibles dentro de la oferta del mercado nacional. La vigencia tecnológica también se refiere a que no se deberán adquirir bienes cuya tecnología no prometa una permanencia en el mercado o no posean un soporte que les permita seguir en funcionamiento por el tiempo que el bien permanezca en uso. Este principio está directamente relacionado al ahorro de recursos por parte del Estado, pues mientras más antigua sea la tecnología adquirida, más dinero tendrá que gastar la institución en su actualización o, en su defecto, los bienes durarán menos tiempo del originalmente programado, obligando al Estado a realizar una nueva adquisición.
6. Oportunidad.- Consiste en la obligatoriedad de que los procedimientos enmarcados dentro de la LOSNCP, deben ser ágiles, rápidos y en el momento preciso. Al haberse creado las herramientas tecnológicas necesarias para facilitar el acceso tanto de oferentes como de entidades contratantes, la velocidad con que se realizan las operaciones concernientes a los procesos de contratación, deberían acelerarse en gran medida, sobre todo si las

³⁷ Artículo 20, inciso cuarto. Ecuador. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. R.O. 395-Suplemento, del 4 de agosto de 2008.

³⁸ Artículo 288. Ecuador. Constitución de la República del Ecuador. R.O. 449, del 20 de octubre de 2008.

comparamos con los tiempos que se manejaban con la ley anterior. Este principio también se refiere al momento, en que se deben realizar las adquisiciones, en íntima relación con la planificación que exige la Ley; ciertos bienes son más baratos o se los puede obtener en determinada época del año y en otros momentos, estos mismos bienes pueden ser más caros o no se pueden encontrar en el mercado. A través de la planificación, podemos proyectar este tipo de compras para las temporadas en donde es más conveniente realizar la adquisición, es decir la compra debe realizarse en el momento oportuno.

7. Concurrencia.- Este principio está íntimamente relacionado con el concepto de homologación de bienes o servicios, pues lo que pretende es que el Estado, en determinado procedimiento, cuente con la mayor cantidad de oferentes, para obtener el mejor bien ofertado. Para que esto ocurra, es imperativo que se normalice el bien o servicio de manera que se excluyan de la propuesta realizada por la entidad contratante, variables que limiten la participación o que favorezcan a uno o a un grupo de proveedores, un ejemplo de esto es la prohibición de enunciar marcas o modelos y así abrir el espectro de ofertas.
8. Transparencia.- Este principio es el que permite a la ciudadanía, conocer y por lo tanto fiscalizar la labor contractual del Estado. La nueva normativa facilita en cierto grado, a través de la publicidad de la información, un control más efectivo, pero en última instancia, las acciones a tomarse en este sentido, corresponden única y exclusivamente a los órganos de control estatal. Cada procedimiento permite la utilización de ciertos métodos para la transparencia, por lo que, podríamos decir que dentro de la misma Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, hay varios niveles de publicidad y control, siendo posiblemente la subasta inversa el procedimiento más confiable .
9. Publicidad.- Está ligado al anterior principio debido a que es lo que hace posible el acceso a la información y permite el control y la fiscalización; sin embargo existe una excepción al principio que es el procedimiento de compra por catálogo, si bien este proceso es realizado a través del portal de compras públicas, no puede ser consultado por usuarios externos del portal, pues para ver el detalle de este tipo de compras, es necesario estar autorizado y poseer una clave especial.

10. Participación nacional.- Este principio persigue favorecer a los proveedores ecuatorianos. El Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, señala:

[...]Los Pliegos no podrán afectar el trato igualitario que las entidades deben dar a todos los oferentes ni establecer diferencias arbitrarias entre estos, ni exigir especificaciones, condicionamientos o requerimientos técnicos que no pueda cumplir la industria nacional, salvo justificación funcional.³⁹

Con esta justificación se han establecido márgenes de preferencia para las micro y pequeñas empresas, que benefician la participación nacional y local, pero varían dependiendo del método que se aplica para la adquisición de bienes o servicios.

Por tanto, podemos llegar a una primera conclusión sobre la ventaja de la creación del Sistema Nacional de Contratación Pública en cuanto brinda una herramienta de información, ordenación y control, que aporta datos y cifras relevantes para el proceso de contratación, con la principal finalidad de darle transparencia y publicidad a la Contratación Pública, proteger los recursos públicos y adoptar mecanismos para evitar la corrupción.⁴⁰

2. LA CONSULTORÍA

La consultoría es otro de los procedimientos que ha experimentado un notorio cambio normativo. Pasó de un servicio profesional regido por una ley especial a un servicio que solo puede ser brindado por profesionales; si bien se diferencia de servicios de otro tipo, se encuentra inmerso en el Sistema Nacional de Contratación Pública o del régimen único de contratación administrativa. De esta forma puede apoyarse en la plataforma tecnológica para celebrar contratos con el Estado.

De acuerdo con la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el término consultoría

³⁹ Artículo 20, inciso cuarto. Ecuador. Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. R.O. 588-Suplemento, del 12 de mayo de 2009.

⁴⁰ William López Arévalo. Tratado de Contratación Pública. Tomo I. Quito. Editorial Jurídica del Ecuador, 2011. Pág. 35.

*Se refiere a la prestación de servicios profesionales especializados no normalizados, que tengan por objeto identificar, auditar, planificar, elaborar o evaluar estudios y proyectos de desarrollo en sus niveles de prefactibilidad, factibilidad, diseño u operación. Comprende, además, la supervisión, fiscalización, auditoría y evaluación de proyectos ex ante y ex post, el desarrollo de software o programas informáticos así como los servicios de asesoría y asistencia técnica, consultoría legal que no constituya parte del régimen especial indicado en el número 4 del artículo 2, elaboración de estudios económicos, financieros, de organización, administración, auditoría e investigación.*⁴¹

La ley describe a la consultoría como un mecanismo diseñado para que profesionales de diferentes ramas brinden servicios especializados de carácter intelectual a las entidades pertenecientes al sector público.

Es importante recalcar que el concepto de especialización se opone al principio de homologación, una vez que el origen de una consultoría es muy puntual dentro de la institución pública. Debido a que es un tipo de servicios de carácter intelectual para atender a una dificultad, la consultoría no puede ser homologada ni estandarizada porque implica un problema dentro de la operatividad de un proyecto o programa para el que hacen falta criterios de expertos para la correcta aplicación de los servicios que quiere brindar el Estado.

Para poder participar en los procesos de contratación que realiza el Estado es necesario que los consultores, sean personas naturales o jurídicas (corporaciones, fundaciones o universidades e institutos), estén inscritos en el Registro Único de Proveedores. Únicamente con esta inscripción podrían participar en los procesos que requiere la administración.

El Registro Único de Proveedores (RUP) cumple con una función muy importante dentro de la contratación pública. Para que un consultor conste en esta base de datos debe certificar su calidad de profesional como persona natural o reunir o integrar a

⁴¹ Artículo 6, numeral 8. Ecuador. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. R..O. 395-Suplemento, del 4 de agosto de 2008.

profesionales y el equipo necesario como persona jurídica. Las personas naturales o jurídicas no deben estar incursas en ninguna prohibición para contratar con el Estado.

De acuerdo con el monto por el uso de servicios especializados de consultoría, la ley ha dividido este régimen en tres categorías:

1. Contratación directa de consultoría;
2. Contratación mediante lista corta; y,
3. Contratación mediante concurso público.

En las tres categorías se debe tomar en cuenta el principio de trato justo, esto es el trato igual entre iguales. En aplicación de este principio no pueden intervenir persona o personas naturales contra una o más personas jurídicas o contra corporaciones o fundaciones, porque no se encontrarían en iguales condiciones, pues las asociaciones o las personas jurídicas que reciben auspicios o donaciones, estarán generalmente en mejor posición para negociar que una persona natural, podrán ofrecer mayor capacidad técnica así como mayores beneficios por el mismo o menor precio. Luego, para mantener la equidad y la legalidad en las contrataciones hechas por el Estado, las personas naturales y jurídicas deben competir con otras que tengan su misma naturaleza.

La competencia entre iguales favorece al Estado y a la economía del país porque permite seleccionar un determinado servicio de consultoría con los mejores precios, nivelar el mercado de este tipo de servicios y favorecer el aumento en la demanda y la calidad de la oferta.

Para establecer si los mecanismos son los adecuados o permiten alcanzar los objetivos previstos es necesario analizar la legislación que los guía y determinar el alcance de cada uno de los regímenes de consultoría y su utilidad dentro de la actividad contractual del Estado.

2.1. La contratación Directa de Consultoría

La Contratación Directa es el método más utilizado en la administración pública y es, al mismo tiempo, el que menos cumple con los principios de libre competencia y de transparencia. Para poder realizar una contratación de este estilo es necesario se

cumpla con lo señalado en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública:

1. *La Contratación Directa: Cuando el presupuesto referencial del contrato sea inferior o igual al valor que resultare de multiplicar el coeficiente 0,000002, por el monto del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico. La selección, calificación, negociación y adjudicación la realizará la máxima autoridad de la Entidad Contratante de acuerdo al procedimiento previsto en el Reglamento a la Ley [...]*⁴²

Si bien la LOSNCP señala que los criterios de calificación serán evaluados en base a parámetros de calidad y costo⁴³, esta disposición no se cumple a cabalidad, debido a que el Reglamento de la LOSNCP, faculta a las instituciones a seleccionar a un solo consultor:

*[...] la entidad contratante procederá a contratar de manera directa, para lo cual, la máxima autoridad de la entidad o su delegado, seleccionará e invitará a un consultor habilitado en el RUP que reúna los requisitos previstos en los pliegos. [...]*⁴⁴

Siguiendo la misma línea de razonamiento, acudimos a la LOSNCP, en la parte que define los criterios de selección para consultoría:

*[...] Si no se llegara a un acuerdo, las negociaciones se darán por terminadas y comenzarán con el consultor calificado en el siguiente lugar, continuándose con el mismo procedimiento descrito en los incisos anteriores. [...]*⁴⁵

Como se lee, la LOSNCP pone en evidencia dos cosas: la primera, la existencia de más de un candidato para participar en la contratación de consultoría, lo que va de la mano con los principios de trato justo, igualdad, oportunidad y

⁴² Artículo 40. Ecuador. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. R.O. 395-Suplemento, del 4 de agosto de 2008.

⁴³ Artículo 41. Ecuador. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. R.O. 395-Suplemento, del 4 de agosto de 2008.

⁴⁴ Artículo 36. Ecuador. Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. R.O. 588-Suplemento, del 12 de mayo de 2009.

⁴⁵ Artículo 41. Ecuador. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. R.O. 395-Suplemento, del 4 de agosto de 2008.

consecuentemente legalidad y, además, es congruente con el objetivo del Estado de crear una competencia que favorezca a la prestación del mejor servicio al menor precio que tiene como resultado, el crear un ahorro a las arcas estatales; la segunda, la creación de un orden de prelación, es decir que una vez calificados los oferentes, se establezca la preferencia a partir de criterios técnicos y económicos, lo que permitirá a la entidad, en el caso de no concretar la negociación con el primer candidato, pasar al segundo y así sucesivamente hasta alcanzar los objetivos planteados para la respectiva consultoría en los pliegos del proceso.

Como la disposición reglamentaria contraviene a la Ley debería ser inaplicable la norma que permite invitación a un único oferente por parte de la entidad contratante, pues no solo se trata de una contradicción a una disposición de mayor jerarquía, sino también de una contravención a los principios que rigen la actividad contractual.

Conforme el espíritu de la ley las entidades contratantes deben siempre propender a buscar el mejor resultado; y no incurrir en actividades poco transparentes y de una ética dudosa. La consultoría directa se debería medir en el nivel de transparencia del procedimiento y el grado de cumplimiento de los principios establecidos en la LOSNCP.

La transparencia en este caso no necesariamente se refiere a la publicidad pues, un procedimiento precontractual de consultoría directa, es publicado en el portal de compras públicas lo que le hace accesible al conocimiento de cualquier persona, pero esto no quiere decir que, por ser público, esté de acuerdo con la ética y a los principios proclamados en la Ley. En este caso la transparencia se más manifestaría al incluir a varios consultores en el proceso lo que permitiría una selección, del mejor postor y favorecería los intereses nacionales. Si bien este método todavía dejaría una duda razonable sobre la ética, se podría decir que cumple en un mayor grado con el objetivo de la transparencia en la contratación pública. Lo ideal, que no siempre es posible, sería aplicar un procedimiento similar al de la Subasta Inversa, en cuyo curso el portal invita a todos los proveedores registrados para brindar un determinado servicio y garantiza la competencia más justa y equitativa así como la creación de un orden de

prelación entre los participantes. Si bien esto es lo ideal, este procedimiento no se encuentra descrito en la LOSNCP por lo que se hace imposible su asimilación a la consultoría, con lo que el problema subsiste y se presta para adjudicar procesos de consultoría de manera discrecional.

. Si bien la contratación directa facilita la selección, ahorra tiempo en el proceso y permite planificar las necesidades alrededor de un consultor preseleccionado, (que puede ser un profesional destacado y famoso al que no debería someterse a un concurso) las consideraciones de transparencia reclaman otra forma de proceder; por lo general los consultores elegidos responden más a una voluntad particular de la autoridad nominadora que a una hoja de vida sobresaliente, lo que lleva a preguntarse acerca de si es conveniente mantener en la legislación un procedimiento que puede causarle perjuicio al Estado por no ofrecer los mejores resultados posibles y que se presta para adjudicar procesos de consultoría no al mejor postor disponible, sino a aquel que goce de la amistad con la autoridades de la entidad contratante. También está el problema del sobreprecio; al no haber una competencia con otros consultores, la entidad no podría evaluar el costo de la consultoría de la manera que determina la Ley:

Este tipo de contrataciones está expuesto a un exceso en el costo de los servicios, con perjuicio al Estado y a todos los ecuatorianos.

*[...] Una vez calificadas las ofertas técnicas, se procederá a la apertura de las ofertas económicas, las cuales serán así mismo objeto de revisión y calificación según el procedimiento que se determine en el Reglamento de esta Ley y sin que en ningún caso tenga un porcentaje de incidencia superior al veinte (20%) por ciento, con relación al total de la calificación de la oferta. [...]*⁴⁶

Esta norma reglamentaria no solo transgrede el principio de transparencia sino también los principios de trato justo, igualdad y oportunidad. La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en algunos casos, prevé que, al

⁴⁶ Artículo 41, inciso 5. Ecuador. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. R.O. 395-Suplemento, del 4 de agosto de 2008.

lanzarse una invitación a un grupo de oferentes de bienes, servicios u obras, todas las personas capaces de ofrecerlos tengan la capacidad de autoinvitarse de manera legal y de esta forma participar en la selección. La norma reglamentaria (artículo 36), que regula el procedimiento de Contratación Directa de Consultoría, no incluye esta posibilidad, con lo que cierra las puertas a que otros participantes puedan acceder a este tipo de contrataciones y de esta manera, se vuelve imposible la aplicación de los principios antes mencionados. Si bien la consultoría es un régimen que no se encontraba previsto dentro de la Ley de Compras Públicas ahora que se encuentra inmersa dentro de esta normativa, tiene casi en su totalidad una estructura propia y casi independiente del resto de la Ley; sería conveniente que se exija que cumpla con ciertas normas y principios de carácter general. El carácter excepcional que tenía en el pasado se vuelve evidente en el Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; sin embargo, considero que es un error el mantener separado este tipo de contrataciones pues, la Ley debería establecer su generalidad y cualquier esfuerzo de separar en contrario debería ser descartado.

Un aspecto derivado de este tipo de contratación es la excesiva discrecionalidad que se deja al contratante del consultor.

Así como es muy complicado afirmar que este tipo de consultorías se adjudica a personas que tienen alguna relación con el titular de la institución pública, es igual de difícil descartar esa opción. Si bien como parte de la documentación del proceso encontramos la acreditación del consultor, no es posible determinar por medio del análisis hecho por la unidad requirente, que ese profesional es el que más le convenía o el que más se ajustaría a las necesidades y objetivos planteados por la entidad pública, pues, a final de cuentas, solamente se evaluó a una oferta.

Si se repitiera con frecuencia esta forma de contratación, la persona natural o jurídica inscrita en el RUP bajo alguna de las subcategorías de la consultoría, jamás llegaría a enterarse que una institución estatal requiere de sus servicios y, en el supuesto positivo, no podría postularse por no tener un contacto con la entidad contratante. En otras palabras se obligaría a los entes consultores que negocien previamente los términos bajo los cuales recibirán del Estado un contrato, abriendo la posibilidad de cuestiones no santas que pudieran incluir

dádivas o privilegios para las autoridades institucionales o incluso porcentajes del costo total del contrato. El hecho particular de este tipo de contrataciones que es importante tratar, es su carácter intelectual y su inclusión en el Plan Anual de Contrataciones de cada entidad pública. Me refiero a que, en mi experiencia, si bien las entidades del sector Estado, están obligadas de acuerdo a la LOSNCP formular el plan anual de contratación, muy pocas lo hacen y otras pocas lo hacen como un mero trámite para reformarlo en el curso del año.

En efecto, la planificación presentada al INCOP hasta el quince de enero por las entidades contratantes, suele tener el ser provisional, porque no incluye todas las necesidades de adquisición de la institución durante todo el año, lo que vuelve poco útil a este requisito legal. Como la Ley abre la posibilidad de reformar el Plan Anual de Contratación sin imponer un límite pensando en facilitar la ejecución de objetivos por parte del Estado, pero esta apertura fomenta la desidia por una autentica planificación por parte de las unidades requirentes y, en definitiva, la desorganización del gasto estatal. Las entidades generalmente realizan reformas a su Plan Anual de Contrataciones de manera periódica para iniciar los respectivos procesos de contratación de la manera más rápida posible, es decir que las modificaciones hechas por las instituciones no se efectúan para adquisiciones que de las próximas semanas o meses sino en los próximos días, impidiendo que los oferentes se preparen con la debida anticipación para cumplir con la demanda, lo que se va en contra del principio de oportunidad consagrado en la Ley.

En el caso específico de la consultoría directa, el mecanismo de reforma pone en evidencia que las negociaciones con el consultor que va a brindar el servicio, se han llevado a cabo de antemano y extra procesalmente, pues por su naturaleza, una consultoría requiere de una oportuna planificación y estudio del requerimiento de la entidad, previa la elaboración de la propuesta presentada a manera de oferta por parte de la persona consultora. Al hacerse la reforma del Plan Anual de Contratación e iniciar un proceso de consultoría directa en el cual se requiere del consultor participante presente su propuesta en cuestión de pocos días, se pueden colegir dos cosas: la primera es que el consultor participante que se vio obligado a entregar su oferta con premura y vacíos porque, no considerara todos los aspectos que rodean al servicio requerido; en ese supuesto, si prosperara

la propuesta defectuosa o incompleta, podría conllevar un perjuicio para el Estado pues el servicio prestado no será de la mejor calidad y reclamar a otra consultoría para completar el requerimiento; y, la segunda, más que parte del supuesto de que la oferta si cumpla con los requerimientos de la institución, pero, que, por esa misma razón, permita sospechar que el consultor debió conocer con anticipación el objeto de la contratación y tuvo el tiempo suficiente para preparar un proyecto de consultoría acorde con las necesidades de la institución.

Si bien el Reglamento General a la LOSNCP prevé que le entidad puede designar a un solo consultor, no sería posible mantener contacto con este fuera del proceso precontractual, pues, además de ser ilegal, recibiría información en muchos casos sensible sin asumir compromiso para mantener el sigilo o un manejo adecuado de dicha información. Ese contacto, además de atentar contra el principio de transparencia, implicaría un riesgo para el Estado por el eventual manejo de la información. A todas estas situaciones se ve abocado el Estado en el momento que realiza una consultoría directa; si bien desde el punto de vista ejecutivo, podría ser conveniente, el procedimiento permite un alto grado de discrecionalidad, que puede conllevar acciones de dudosa ética..

Con este antecedente creo que es acertado decir que la contratación directa de consultoría es ineficiente;, se contraponen a los principios y mecanismos de transparencia establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y abre la puerta a la discrecionalidad. Por contraste, impide la libre competencia, que trata de conseguir los mejores resultados posibles en cada contratación, es decir que es un mecanismo perjudicial para las arcas estatales y para la consecución de los objetivos planteados por el Estado. En consecuencia, sería conveniente promover una reforma de este procedimiento y ajustarlo a los principios generales de la LOSNCP.

2.2 La Contratación por Lista Corta

Los procesos de consultoría que sobrepasan el valor determinado en la Ley para la contratación directa, deben realizarse por Lista Corta o Concurso Público. Serán de lista corta:

*2. Cuando el presupuesto referencial del contrato supere el fijado en el número anterior y sea inferior al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico; [...]*⁴⁷

A diferencia de la consultoría directa, en esta modalidad la entidad está obligada a conformar una Comisión Técnica que evalúe las ofertas:

Para la realización de concursos públicos y contratación por lista corta, la dependencia, entidad u organismo respectivo conformará, en cada caso, una Comisión Técnica que tome a su cargo y responsabilidad el llevar adelante los procesos previstos para cada concurso, la que deberá actuar de conformidad con los pliegos aprobados para el efecto. De ser necesario se podrá conformar una o más subcomisiones de apoyo a la Comisión Técnica.

Corresponde a la máxima autoridad de cada dependencia o entidad que convoque a concurso de consultoría, aprobar en armonía con esta Ley y su Reglamento general, los Pliegos, Términos de Referencia, presupuesto referencial y demás documentos del concurso. Son atribuciones de la Comisión Técnica, calificar, seleccionar y negociar con los consultores oferentes.

*En determinados casos, debido a la complejidad y magnitud de los trabajos de consultoría requeridos, la máxima autoridad de la Institución podrá convocar a procesos de precalificación de consultoría o presentación de manifestaciones de interés. El Reglamento a la presente Ley establecerá las normas para viabilizar estos procesos.*⁴⁸

El procedimiento establecido en el Reglamento para llevar a cabo una contratación por lista corta es el siguiente:

..., la entidad contratante escogerá e invitará, a través del Portal www.compraspublicas.gov.ec, a un máximo de 6 y un mínimo de 3 consultores

⁴⁷ Artículo 40. Ecuador. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. R.O. 395-Suplemento, del 4 de agosto de 2008.

⁴⁸ Artículo 42. Ecuador. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. R.O. 395-Suplemento, del 4 de agosto de 2008.

registrados en el RUP que reúnan los requisitos previstos en los pliegos, para que presenten sus ofertas técnicas y económicas.

Si no se presentaren ofertas o si las presentadas hubieren sido rechazadas, la entidad contratante podrá realizar un nuevo proceso de contratación conformando una nueva lista corta o en su defecto iniciar un proceso de concurso público.

En este tipo de contratación se observarán, en lo que sea aplicable, las disposiciones contenidas en los artículos 38 y siguientes referidos a la contratación por concurso público. El término entre la fecha de la convocatoria y la fecha de presentación de las ofertas será mínimo de diez días y máximo de veinte días.⁴⁹

En este tipo de procedimiento sucede una situación similar a la que se produce en la consultoría directa. Pese a que el monto es diferente, el procedimiento todavía mantiene la discrecionalidad de la autoridad institucional para nominar a los candidatos a participar en el concurso.

El procedimiento para realizar contrataciones de lista corta es menos controversial que el de contratación directa pues incluye a varios consultores de entre los cuales se deberá escoger a uno, haciendo del proceso algo más cercano a las normas y principios establecidos en la ley.

La primera diferencia fundamental es la existencia de una Comisión Técnica que evalúa las ofertas y la posibilidad de que se puedan conformar subcomisiones de apoyo, para efectuar el análisis muy prolijo y detallado. Vuelve posible que profesionales con experiencia en el ámbito de la contratación, sean involucrados en el análisis de la oferta técnica de los consultores que, si bien no son escogidos del universo disponible en la base de datos del INCOP, es una mejora en relación a la contratación directa, pues se escoge al mejor de los candidatos, con la posibilidad de que esta sea analizada de manera minuciosa obteniendo el mejor resultado posible.

Otra diferencia fundamental establecida por el Reglamento:

⁴⁹ Artículo 37. Ecuador. Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, R.O. 588-Suplemento, del 12 de mayo de 2009.

*“Las ofertas técnica y económica deberán ser entregadas simultáneamente en dos sobres separados, hasta el día y hora señalados en la convocatoria, que no será menor a 15 días hábiles ni superior a 30 días hábiles contados desde la publicación, a través del Portal www.compraspublicas.gov.ec.[...]”*⁵⁰

Esta disposición reglamentaria impide que las reformas al Plan Anual de Contratación, sirva de base para una contratación inmediata que podría favorecer a determinado oferente, sino que da el tiempo suficiente para que los participantes preparen tanto sus ofertas técnicas como económicas sin necesidad de conocer con anticipación el objeto de la consultoría, cumpliendo con el principio de oportunidad. Si bien este aspecto hace que el procedimiento tenga un tinte de ética y legalidad, sigue siendo la autoridad de la institución la que nombra a todos los participantes sin permitir participar a terceras personas. Esta situación vuelve complicado el calificar de completamente eficiente o ineficiente al sistema. El procedimiento tampoco garantiza que no exista contacto previo entre la entidad contratante y los posibles consultores o que no se favorezca a uno de ellos facilitándole información o sesgando los procedimientos de calificación a su favor; sin embargo, disminuye las probabilidades de que esto ocurra.

Otro aspecto que debemos destacar tanto en este tipo de procedimiento como en el de concurso público, es la llamada precalificación:

Si la entidad contratante lo requiere, podrá realizar un proceso de precalificación que tendrá por objeto solicitar la presentación de información y antecedentes relacionados con la experiencia de los consultores o asociaciones constituidas o por constituirse, relacionada con los trabajos de consultoría requeridos por la entidad contratante. En tal virtud la convocatoria deberá prever exclusivamente los procedimientos para evaluar y calificar las experiencias en la prestación de servicios de consultoría en general y en servicios similares a los del objeto del concurso.

Si como resultado de la convocatoria pública a precalificación, no hubiere interesados, o se presentare solamente un consultor interesado, la Comisión

⁵⁰ Artículo 39. Ecuador. Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. R.O. 588-Suplemento, del 12 de mayo de 2009.

Técnica ampliará por una sola vez y hasta por la mitad del inicialmente previsto, el término para la entrega de la información solicitada. Si cumplido el nuevo término persistiere la ausencia de interesados, o se presentare la información de un solo interesado, la comisión declarará desierto el proceso de precalificación.

En los casos en que los consultores que entregaron la información para la precalificación son dos o más, la comisión, el día y hora señalados para el cierre del proceso, levantará la respectiva acta y según el orden de presentación abrirá los sobres que contengan la información solicitada, y dentro del término de tres días iniciará su evaluación y ponderación en forma ininterrumpida hasta concluir el proceso de precalificación estableciendo la nómina de consultores a los cuales se invitará a presentar sus propuestas técnicas y económicas para la fase de calificación. Esta nómina será de un mínimo de dos y un máximo de seis consultores. Si como resultado de la evaluación resultare un solo consultor precalificado, se declarará desierto el proceso; igual procedimiento se observará si ningún consultor es precalificado.

Los aspectos evaluados y ponderados en la precalificación así como los resultados y puntajes de la misma, no serán considerados para la fase de calificación de propuestas técnicas. En consecuencia, todos los consultores precalificados estarán en iguales condiciones de participación para la fase de calificación.

Dentro del término de tres días de concluida la precalificación, el Presidente de la Comisión Técnica, mediante comunicación escrita, dará a conocer a todos los consultores participantes los resultados de la precalificación.⁵¹

Este procedimiento es muy interesante, pues, si bien es discrecional de la entidad contratante, su uso transforma en eficaz el procedimiento descrito en el artículo 37 del Reglamento General,. El solo hecho de que se convoque públicamente a consultores capaces de brindar el servicio para ser calificados y permitirles ingresar al concurso si

⁵¹ Artículo 41. Ecuador. Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. R.O. 588-Suplemento, del 12 de mayo de 2009.

aprobaran el análisis previo, permite una verdadera competencia entre los oferentes, así como transparenta en un mayor grado, la contratación, pues elimina el elemento discrecional en la selección del consultor. Esta forma no solo es conveniente para el Estado, sino que, al someter a los candidatos a un análisis previo, se asegura la selección de mejores candidatos, Esto es algo que conviene a los intereses de la ciudadanía porque asegura hasta cierto nivel que el dinero entregado por el Estado al consultor va a ser aprovechado por el trabajo profesional de mejor calidad. No obstante, por sobre los análisis que se puedan hacer tanto a la experiencia de los consultores como a sus ofertas, todavía existe la posibilidad de que el servicio no se brinde de la manera prevista o que inclusive el consultor no se encuentre en posibilidades de completarlo, pero este sería un caso en el que el sistema en si no podría ser tachado de ineficaz u obsoleto. Introducir más etapas para analizar la probidad de los participantes no sería garantía de éxito, porque por más exhaustivo análisis que se pudiera hacer a cada uno de los oferentes es imposible llegar a un cien por ciento de certeza en cuanto al éxito de la contratación , solo vendría a complicar el procedimiento al extremo de volverlo inaplicable o muy poco atractivo para las instituciones. Surgiría la búsqueda de vericuetos o maniobras que, a la postre, perjudicarían al Estado al privarlo de una herramienta muy útil para conseguir sus fines y objetivos.

La falla a mi modo de ver, se encuentra en la discrecionalidad de la entidad en aplicar el procedimiento de precalificación, siendo que este brinda tantas ventajas a la contratación de este tipo de consultoría e inclusive incluye nuevas formas de asegurar una mejor oferta, existiendo esta herramienta creo debería dejar de ser facultativo su uso.

El lado negativo de a precalificación es el riesgo que corre la entidad de provocar la declaratoria de desierto por falta de interesados en participar que determinaría un retraso en la contratación y eventualmente que en futuras ocasiones se prescindiera del uso de esta metodología. Este punto no es completamente negativo, pues obligaría a la entidad a realizar un estudio más profundo de sus necesidades y del cómo satisfacerlas de acuerdo con la oferta real del mercado nacional contribuyendo a la libre competencia, transparencia y oportunidad. Otro aspecto positivo que tiene este tipo de contratación es la utilización del Portal de Compras Públicas para el procesamiento de la información y para el ejercicio de un cierto control sobre los

procedimientos precontractuales. Al respecto, el artículo 39 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, prescribe:

La oferta técnica y económica deberán ser entregadas simultáneamente en dos sobres separados, hasta el día y hora señalados en la convocatoria, que no será menor a 15 días hábiles ni superior a 30 días hábiles contados desde la publicación, a través del Portal www.compraspublicas.gov.ec. Vencido el término para la presentación de ofertas, el sistema cerrará, de manera automática la recepción de las mismas.

Para la presentación de ofertas el portal habilitará dos opciones: una para la oferta técnica y otra para la oferta económica. El portal permitirá que la apertura y procesamiento de ambas ofertas se ejecuten en días distintos, con una diferencia en ambos actos de hasta 10 días término: en el sobre 1, la oferta técnica y en el sobre 2 la oferta económica.

El INCOP establecerá el contenido de los sobres 1 y 2, así como los parámetros a ser observados para la evaluación; considerando para este último efecto lo previsto en el artículo 6 número 19 de la Ley.⁵²

El uso de la herramienta informática hace que la consultoría por lista corta y el concurso público puedan ser controladas y monitoreadas tanto por el órgano competente como por la ciudadanía en general y facilita a las entidades el análisis de los parámetros que deben ser tomados en cuenta para la evaluación de las ofertas. Al mismo tiempo previene errores en los procedimientos precontractuales y facilita el control, al requerir que la documentación concerniente al proceso sea enviada electrónicamente al portal. El Instituto Nacional de Contratación Pública emitió los parámetros que deben ser tomados en cuenta para la presentación y calificación de las ofertas en este tipo de consultorías::

Sobre 1.- La Comisión Técnica, una hora después del día y hora señalados para la entrega de las Ofertas, procederá a la apertura de las Ofertas Técnicas e iniciará la evaluación del sobre 1.

⁵² Artículo 6 numeral 19.- *Mejor Costo en Consultoría: Criterio de “Calidad y Costo” con el que se adjudicarán los contratos de consultoría, en razón de la ponderación que para el efecto se determine en los Pliegos correspondientes, y sin que en ningún caso el costo tenga un porcentaje de incidencia superior al veinte (20%) por ciento.*

La Comisión Técnica evaluará y calificará cada propuesta conforme a los criterios de evaluación establecidos en el artículo 41 de la LOSNCP⁵³, y a los demás documentos y certificaciones que se exijan para cada caso, según la naturaleza del proyecto.

Cada uno de los criterios antes referidos, deberá tener una asignación de puntaje, de acuerdo a la incidencia que estos tengan con relación al objeto del contrato, los cuales deberán estar claramente establecidos en los pliegos del procedimiento.

Para acceder a la evaluación de la propuesta económica, la propuesta técnica deberá alcanzar el puntaje mínimo de setenta (70) puntos. Las propuestas técnicas que no alcancen dicho puntaje serán descalificadas y rechazadas en esta etapa.

De este proceso se levantará el acta correspondiente que será publicada en el portal www.compraspúblicas.gov.ec y notificada a todos los oferentes por este medio.⁵⁴

Esta disposición, además de permitir la publicidad de los criterios de evaluación, cumple con los principios de trato justo y legalidad al establecer los parámetros mediante los cuales van a ser evaluadas todas las ofertas técnicas sin excepción, sea cual fuere la materia o el objeto de la contratación y hace posible que tanto el INCOP como los órganos de control, puedan verificar no solo el procedimiento sino también

⁵³ Artículo 41.- [...] La calificación de la calidad de las propuestas de consultoría, se realizará sobre la base de lo previsto en los pliegos respectivos, debiendo tenerse en cuenta los siguientes requisitos, procedimientos y criterios:

1. Capacidad técnica y administrativa disponible;
2. Antecedentes y experiencia demostrables en la realización de trabajos anteriores;
3. Antecedentes y experiencia demostrables del personal que será asignado a la ejecución del contrato;
4. Plan de trabajo, metodología propuesta y conocimiento probado de las condiciones generales, locales y particulares del proyecto materia de la consultoría;
5. Disponibilidad de los recursos, instrumentos y equipos necesarios para la realización de la consultoría; y,
6. Cuando intervengan empresas nacionales en asocio con empresas extranjeras, se tomarán en consideración, adicionalmente los procedimientos y metodologías que ofrezca la consultora extranjera para hacer efectiva una adecuada transferencia de tecnología, así como la mayor y mejor utilización de la capacidad técnica de profesionales ecuatorianos.[...]

⁵⁴ Artículo 5. Ecuador. Resolución INCOP No. 021-09. R.O. 618- Suplemento, del 23 de junio de 2009.

los motivos por los cuales la entidad contratante hace la elección de tal o cual consultor y analizar si las razones citadas se encuentran acordes a la normativa legal vigente y constituyen justificativos para la descalificación de los demás oferentes. Por fin, hace posible las sanciones en caso de encontrar anomalías en el procedimiento precontractual.

Como parte final del análisis de la oferta técnica, el INCOP prevé un término no mayor a diez (10) días contados a partir de la fecha de apertura del sobre 1, en el que la Comisión Técnica notificará a través del portal www.compraspublicas.gov.ec los resultados finales de la evaluación del sobre 1, debidamente sustentados⁵⁵. Con esto la herramienta informática permitirá a la entidad avanzar al siguiente paso que es el análisis del sobre 2 con las entidades que hayan calificado, depurando las posibilidades para obtener el mejor resultado.

Una vez publicado en el portal el resultado del análisis del primer sobre, el segundo deberá ser evaluado de la siguiente forma:

Sobre 2.- Las Entidades Contratantes no tendrán acceso a las propuestas económicas, sino hasta que la evaluación técnica haya concluido y solamente de las ofertas que hayan obtenido por lo menos setenta (70) puntos en la evaluación técnica.

*En la fecha señalada las ofertas económicas correspondientes a sobre 2 que serán evaluadas en el portal www.compraspublicas.gov.ec, determinándose la calificación de las ofertas y el orden de prelación. [...]*⁵⁶

Para el resto del procedimiento se prevé la aplicación de una fórmula matemática para obtener la media aritmética de la sumatoria de los valores ofertados para luego ser dividido para el total de ofertas, otorgando el puntaje total a las que más se acerquen al valor de esta media y otorgando los demás puntajes de manera proporcional a este valor. El siguiente procedimiento es la obtención mediante una fórmula diferente, el orden de prelación de las ofertas, lo que servirá en caso de no poder llegar a un acuerdo con el primer opcionado, continuar con el siguiente hasta

⁵⁵ Artículo 7. Ecuador. Resolución INCOP No. 021-09. R.O. 618- Suplemento, del 23 de junio de 2009.

⁵⁶ Artículo 8. Ecuador. Resolución INCOP No. 021-09. R.O. 618- Suplemento, del 23 de junio de 2009.

obtener un acuerdo o declarar desierto el proceso si no se llega a un consenso con ningún calificado.

El procedimiento descrito tiene por objeto que la Comisión Técnica pueda calificar con la mayor libertad posible las ofertas técnicas, sin pensar en su costo, simplemente evaluando las características más convenientes para la institución en base a los requerimientos publicados en los pliegos del proceso, dando prioridad al tipo y calidad de servicio antes que al precio de este. Esta forma de dar prioridad al tipo de servicio y a sus características hace que la entidad contratante se concentre en evaluar las necesidades requeridas y las propuestas que más le convengan. Partiendo del proceso de evaluación de las ofertas, podríamos decir que la normativa intenta dar un trato justo a todos los participantes. Para lograr este objetivo es importante deslindar el contenido del sobre dos, debido a que podría ser un factor determinante al calificar cada oferta, pues los miembros de la Comisión Técnica, estarían evaluando la conveniencia del servicio en conformidad al precio y no permitiría apreciar otras características también beneficiosas para la entidad. Esto nivela la condiciones para todos los oferentes y al mismo tiempo aplica el principio de igualdad, que siempre va estrechamente ligado al de trato justo, pero más que ningún otro principio esta normativa reivindica el principio de calidad, porque el objetivo del análisis técnico es precautelar la inversión estatal al descalificar las ofertas que no cumplen con los requerimientos mínimos. De esta manera se evitaría que se desperdicien los recursos del país en contrataciones que no serían útiles para los objetivos nacionales..

En cuanto a los criterios utilizados para la evaluación del sobre número dos, son meramente de carácter económico, y de acuerdo con la normativa propia de este tipo de contrataciones, la relevancia de este análisis no deberá superar el equivalente al veinte por ciento (20%) del total de la calificación, esto quiere decir que el ahorro realizado por el Estado sería relativo, a partir de la variable de la calidad en el análisis. La normativa no solamente considera ahorro al menor desembolso de dinero posible a manera de compensación por los servicios prestados, sino en obtener un mejor servicio, uno que evite que el estudio deba ser realizado nuevamente o que cause perjuicios por la falta de prolijidad en el cumplimiento del objeto del contrato. Este factor es considerado más importante que el ahorro monetario directo. Por esto la valoración al sobre dos podrá ser de un máximo de veinte por ciento del valor total de la contratación y el otro ochenta por ciento garantiza la calidad del trabajo, que es

el ahorro más importante. Ahora bien, el objetivo es el obtener el mejor servicio al más bajo costo como óptima condición, pero esto no descarta la posibilidad de recibir el mejor servicio por un costo razonable, lo cual todavía simboliza una gran ganancia para el Estado.

Una vez obtenidos los resultados y el orden de prelación, la entidad contratante deberá negociar con el consultor que este primero en la lista, de la siguiente manera:

Con los resultados finales de la evaluación, la Comisión Técnica negociará con el oferente calificado en primer lugar los aspectos técnicos, contractuales y los ajustes de la oferta técnica y económica en comparación con lo requerido en los pliegos. De llegarse a un acuerdo, se procederá a la suscripción del acta de negociación en la que constarán los términos convenidos, la misma que deberá ser publicada en el portal.

Si en un término máximo de dos días no se llegare a un acuerdo en la negociación ésta se dará por terminada y se iniciará una nueva negociación con el oferente calificado en el siguiente lugar y así sucesivamente hasta llegar a un acuerdo final de negociación o, en su defecto declarar desierto el procedimiento según corresponda.

*Suscrita el acta de negociación, la máxima autoridad o su delegado, procederán a la adjudicación al oferente con el cual se haya llegado a un acuerdo final de negociación en los aspectos técnicos, económicos y contractuales.*⁵⁷

En cuanto al procedimiento de negociación, hay que subrayar el hecho que la ley dispone a la Comisión Técnica negocie con el oferente los aspectos técnicos, contractuales y los aspectos técnico económico de la oferta, en comparación con lo requerido en los pliegos. Esto se debe a que una vez pasada la calificación, pueden haber observaciones tanto de la entidad como del consultor que necesitan ser analizados para ajustar los detalles finales de manera que se ajuste a la oferta contenida en los pliegos. Un error cometido por las instituciones públicas frecuentemente es que no negocian los aspectos técnicos, sino tan solo la oferta

⁵⁷ Artículo 40. Ecuador. Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, R.O. 588-Suplemento, del 12 de mayo de 2009.

económica y esto genera un inconveniente: al no referirse a la parte técnica no sabemos si el consultor pretende realizar el trabajo utilizando algún método poco conveniente o inclusive si pretende dar al Estado algo más, lo que resulta beneficioso. Como dije el ahorro concebido por el Estado, más que estar centrado en el desembolso económico debe mirar la calidad del trabajo, por lo que negociar únicamente la oferta económica resulta en su mayor parte perjudicial para los intereses nacionales. No quiero decir con esto que no se deba negociar el aspecto económico, simplemente que no es el tema central que se debería tratar al momento de negociar con los consultores aprobados, por no ser el aspecto central sobre el que gravita el interés estatal.

Con este análisis considero que, en cuanto a eficiencia, el procedimiento de lista corta, ofrece muchas garantías y, en su mayor parte, es favorable a los intereses estatales pues cumple con la mayoría de principios establecidos en la ley, por lo que hace posible el control y la publicidad de los actos realizados durante el proceso precontractual así como de los criterios utilizados por la entidad en la calificación y la negociación, por lo que se acerca al principio de transparencia y al de legalidad. El lado negativo de esta modalidad sigue siendo la discrecionalidad que tiene la entidad para invitar a los consultores sin necesidad de abrir el concurso al universo de profesionales y empresas capaces de prestar ese servicio que estén suscritas el Registro Único de Proveedores, lo que impide que haya una libre competencia, desecha el principio de participación nacional y disminuye notablemente el grado de transparencia del proceso. Ahora bien, si la entidad decide utilizar la herramienta de la precalificación, no solo compone este error sino que aumenta el grado de transparencia significativamente al calificar previamente la experiencia de los consultores y garantiza de mejor manera una mejor inversión estatal. El punto en realidad negativo de este tipo de consultoría es la discrecionalidad para utilizar la precalificación, poniendo en riesgo la ética que envuelve la selección y calificación del procedimiento.

Otro punto positivo es que, si se aplican todos los procedimientos para este tipo de consultoría, se aprovecha de los beneficios que ofrece el portal de compras públicas facilitando su publicidad.

2.3 Contratación por Concurso Público

Este tipo de contratación de consultoría es similar a la Lista Corta, pues se rige por las mismas normas en cuanto a su procedimiento con pocas diferencias, como el monto de la contratación:

La celebración de contratos de consultoría se sujetará a las siguientes disposiciones:

- 3 *Contratación mediante concurso público: Cuando el presupuesto referencial del contrato sea igual o superior al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.*⁵⁸

Al respecto de este tipo de contratación el Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública desarrolla lo siguiente:

Cuando el presupuesto referencial del contrato sea igual o superior al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0.000015 por el monto del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico, la entidad contratante realizará la convocatoria pública a través del Portal www.compraspublicas.gov.ec, para que los interesados, habilitados en el RUP, presenten sus ofertas.

Si en el proceso se presenta un solo proponente, la oferta será calificada y evaluada y, si esta cumple con los requisitos y criterios establecidos podrá ser objeto de adjudicación, de llegar a un acuerdo en la negociación.

*La entidad contratante podrá realizar una invitación internacional a participar en concurso público, previo la autorización del INCOP, de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 37 de la Ley.*⁵⁹ *En este caso, se podrá realizar*

⁵⁸ Artículo 40. Ecuador. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. R.O. 395-Suplemento, del 4 de agosto de 2008.

⁵⁹ Artículo 37.- *La consultoría será ejercida por personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras que, para celebrar contratos con las entidades sujetas a la presente Ley, deberán inscribirse en el Registro Único de Proveedores RUP. La participación de consultores extranjeros en los procesos de contratación pública, sean estas personas naturales o jurídicas, se limitará a los servicios, campos, actividades o áreas en cuyo componentes parcial o totalmente no exista capacidad técnica o experiencia de la*

*invitaciones mediante publicaciones por prensa internacional especializada, por una sola vez en cada medio escrito.*⁶⁰

Este tipo de consultoría presenta tres diferencias fundamentales con el resto de consultorías contempladas en la Ley y el Reglamento General. La primera es que en este proceso no existe la discrecionalidad en la invitación que está presente en los dos procedimientos anteriores lo que la hace más transparente que el resto de mecanismos. La invitación o convocatoria se hace con la ayuda del portal de compras públicas, lo que garantiza la participación nacional.

La segunda es que en si solamente un consultor responde a la convocatoria, su oferta puede ser evaluada, pues no establece un mínimo de participantes para continuar con la contratación. Esto favorece a las entidades contratantes debido a que las probabilidades de que se declare desierto el proceso son menores que en lista corta..

La tercera diferencia consiste en la posibilidad de realizar una invitación internacional en el caso que no existiera oferta nacional o que esta no tuviera la capacidad técnica o la experiencia suficiente para llevar a cabo el objeto de la consultoría. En ese caso se permite que personas naturales o jurídicas extranjeras se beneficien del contrato, siempre y cuando se hubieran inscrito en el Registro Único de Proveedores. Este requisito tiene por objeto revisar la hoja de vida y naturaleza de los consultores extranjeros, con el propósito de evitar personas jurídicas fantasmas o que mantengan su vida y capital en paraísos fiscales o que su dinero provenga de negocios ilegítimos. En relación con las personas naturales, que el candidato no tenga impedimentos para contratar con el Estado.

El resto del procedimiento es el mismo que se analizó en el tema anterior, por lo que considero que esta modalidad es la más eficiente para contratar una consultoría. En

consultoría nacional, certificadas por el Instituto Nacional de Contratación Pública quien para el efecto de proporcionar esta certificación deberá solicitar mediante aviso público la presentación de expresiones de interés de proveedores de bienes y servicios nacionales. Si en un plazo de treinta (30) días de solicitada dicha expresión de interés no existen interesados nacionales, o los que manifiesten su interés no cumplen con la capacidad técnica o experiencia solicitada, entonces autorizará a la entidad el concurso de prestadores de servicios de consultoría extranjeros.

Esta autorización no impide que una vez iniciado el proceso contractual una persona natural o jurídica nacional participe del mismo.

⁶⁰ Artículo 38. Ecuador. Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. R.O. 588-Suplemento, del 12 de mayo de 2009.

resumen estimo que este es el único proceso de consultoría que se ajusta a los preceptos y principios legales, garantizando en la medida de lo posible la transparencia, la legalidad y usando adecuadamente la herramienta informática que la ley pone a disposición de las entidades contratantes y del público en general.

3. LOS PROCEDIMIENTOS DINÁMICOS

Los procedimientos dinámicos son el avance más notable introducido por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, porque involucran la utilización de la herramienta tecnológica, de la forma más completa y, por tanto, aprovechan casi completamente de los recursos que ofrece el portal de compras públicas.

Los procedimientos dinámicos son el reflejo de la tendencia regional a sistematizar las compras a través de los sitios electrónicos para facilitar la selección y compra de bienes y servicios, agilizar la gestión estatal y simplificar los trámites de adquisición. El resultado es una contratación estable, fluida, con los menores inconvenientes posibles.

Como bien lo expresa Antonio José Pérez en su obra, *“La característica más relevante de este tipo de procesos es la necesaria normalización de bienes y servicios a ser adquiridos [...]”*⁶¹ El primer punto importante para destacar es que estos procedimientos solamente fueron concebidos para la adquisición de bienes y servicios y no se refirieron a obras ni se aplican a las contrataciones de consultoría, porque para estas actividades se prevé otro tipo de modalidad contractual.

Pérez destaca que se tratan de procedimientos que sirven única y exclusivamente para la adquisición de bienes o servicios normalizados. De acuerdo con la Ley, un bien o servicio normalizado es el: *“Objeto de contratación cuyas características o especificaciones técnicas se hallen homologadas y catalogadas.”*⁶² Ya dije en el capítulo primero de esta disertación que la normalización es la generalización de los términos de referencia de un bien o servicio para que pueda ser acogido por el mayor

⁶¹ José Antonio Pérez. Et. Al. Manual de Contratación Pública. Quito. Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011. Pág. 119.

⁶² Artículo 6 numeral 2. Ecuador. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. R.O. 395-Suplemento, del 4 de agosto de 2008.

número de oferentes. Aquí hay que aclarar que si bien la entidad contratante es la que tiene la potestad de homologar un bien, esto no quiere decir que pueda normalizar todos los bienes o servicios. Esta potestad de homologación está limitada a la especificidad del requerimiento. Si este consiste en un bien o servicio de características muy particulares que no admiten alternativas, estamos ante un bien no normalizado, pues homologar no es lo mismo que describir las características del bien o servicio requerido. En efecto, si se describe a un bien no normalizado con el afán de hacerlo normalizado, no se lo está homologando, simplemente se está enumerando sus características técnicas, pero este hecho no hace que pierda su carácter de no normalizado. En cambio, si se hace lo mismo con un bien o servicio que posee en su requerimiento menor especificidad en cuanto a su marca o modelo, abriendo las posibilidades para que bienes o servicios no específicos pero que cumplen con el requerimiento técnico puedan formar parte del concurso y en última instancia, sean útiles a la entidad contratante para que esta pueda alcanzar sus objetivos, estamos frente a un bien normalizado o normalizable. Para este tipo de bienes y servicios se crearon estos procedimientos, ya que determinó que son este tipo de adquisiciones las que más necesita el Estado, convirtiendo a los bienes no normalizados en la excepción.

Los procedimientos precontractuales llegan a la contratación ecuatoriana gracias a la influencia de otros sistemas como el chileno y en base a su experiencia previa en el uso de herramientas informáticas aplicadas a las compras estatales de bienes principalmente, se introdujo esta práctica en el país, tratando de adaptarla a las necesidades y normativa locales.

A este tipo de contratación pertenecen los procedimientos de Compras por Catálogo y Subasta Inversa. Pérez afirma:

Como regla general, todos los bienes y servicios normalizados se adquieren a través de procedimientos dinámicos; solo en el caso de que no se pueda aplicar dichos procedimientos o que éstos hayan sido declarados desiertos, se

*optará por los demás procedimientos de contratación previstos en la Ley y su Reglamento General.*⁶³

Esta regla se debe en gran parte a que este tipo de métodos contractuales fueron concebidos como los que más garantías deberían prestar para realización de procedimientos precontractuales y porque mediante estos procedimientos:

*[...] se busca reducir los tiempos y fases de contratación, de bienes y servicios de mayor demanda en el mercado, disminuir los costos que significan la realización de procesos precontractuales, así como los plazos de entrega de dichos bienes y servicios normalizados, mejorar sus precios y disponibilidad en beneficio de los intereses nacionales y de cada entidad requirente.*⁶⁴

Es decir, de alguna manera el Estado busca regular el mercado nacional de bienes y servicios, gracias a que, de hecho, es el mayor comprador y utilizando su facultad de Imperium para disminuir los costos mediante la creación de un ambiente competitivo que permita la participación del mayor número de proveedores a nivel nacional.

Mediante este sistema se pretende fomentar el crecimiento de las pequeñas, medianas y grandes empresas de origen nacional, pues da preferencia a estas antes que a las extranjeras, que solo podrían participar en casos especiales. No solamente las empresas se ven beneficiadas por su origen sino también los bienes y servicios que tengan componentes nacionales o sean enteramente elaborados en el Ecuador o prestados en su totalidad por personal ecuatoriano, esto fomentaría el crecimiento de la industria nacional.

3.1. Las Compras por Catálogo Electrónico

Las compras mediante catálogo electrónico no es una innovación del sistema ecuatoriano; Chile ha utilizado este sistema desde 1999. Lo creó como respuesta al

⁶³ José Antonio Pérez. Et. Al. Manual de Contratación Pública. Quito. Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011. Pág. 119.

⁶⁴ José Antonio Pérez. Et. Al. Manual de Contratación Pública. Quito. Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011. Pág. 119.

Programa de Reforma al Sistema de Compras y Contrataciones del Sector Público⁶⁵ y se lo bautizó como ChileCompra. Este método ha permitido la agilidad y seguridad en las contrataciones, porque modernizó el sistema de adquisiciones en ese país, generando ahorro por la optimización de los recursos públicos.

Otro ejemplo es el sistema mexicano Compranet, creado también en 1999⁶⁶ para garantizar una contratación eficiente y transparente, para contar con mecanismos más ágiles en las dependencias y entidades para los distintos procesos relacionados con las contrataciones gubernamentales.⁶⁷

Nuestra legislación define al Catálogo Electrónico como el “*Registro de bienes y servicios normalizados publicados en el portal www.compraspublicas.gov.ec para su contratación directa como resultante de la aplicación de convenios marco.*”⁶⁸

*Convenio Marco: Es la modalidad con la cual el Instituto Nacional de Contratación Pública selecciona los proveedores cuyos bienes y servicios serán ofertados en el catálogo electrónico a fin de ser adquiridos o contratados de manera directa por las Entidades Contratantes en la forma, plazo y demás condiciones establecidas en dicho Convenio.*⁶⁹

Una de las finalidades del catálogo electrónico es brindar la posibilidad para que las entidades contratantes realicen sus adquisiciones de forma directa.⁷⁰ Para el efecto el catálogo, debería incluir la mayor cantidad de bienes y servicios en el afán de englobar la contratación pública de todo el país, como es el espíritu de la norma.

[...] Los bienes y servicios normalizados se adquieren en su orden, por procedimientos de Catálogo Electrónico y Subasta Inversa; y solo en el caso de que no se puedan aplicar dichos procedimientos o que estos hayan sido

⁶⁵ Decreto Supremo 1312, del 22 de septiembre de 1999. Chile.

⁶⁶ Disposiciones para el uso de Medios Remotos de Comunicación Electrónica en el Envío de Propuestas dentro de las Licitaciones Públicas, del 7 de abril de 1999. México.

⁶⁷ México. Compranet Contrataciones Gubernamentales. México D.F. 2002. Pág. 2.

⁶⁸ Artículo 6 numeral 3. Ecuador. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. R.O. 395-Suplemento, del 4 de agosto de 2008.

⁶⁹ Artículo 6 numeral 9. Ecuador. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. R.O. 395-Suplemento, del 4 de agosto de 2008.

⁷⁰ Artículo 44. Ecuador. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. R.O. 395-Suplemento, del 4 de agosto de 2008.

*declarados desiertos se optarán por los demás procedimientos de contratación previstos en la Ley y en este Reglamento General.*⁷¹

Si bien este proceso apunta al futuro ideal de la contratación pública, es curioso que la Ley ni su Reglamento, ni las Resoluciones del INCOP, describan el procedimiento mediante el cual el Instituto Nacional de Contratación Pública seleccionará a los proveedores con quienes celebrará convenios marco para incluirlos en el Catálogo Electrónico.

Sin embargo, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública señala que:

*El Instituto Nacional de Contratación Pública efectuará periódicamente procesos de selección de proveedores con quienes se celebrará Convenios Marco en virtud de los cuales se ofertarán en el catálogo electrónico bienes y servicios normalizados a fin de que estos sean adquiridos o contratados de manera directa por la Entidades Contratantes, sobre la base de parámetros objetivos establecidos en la normativa que para el efecto dicte el Instituto Nacional de Contratación Pública.*⁷²

Conforme a la norma, el INCOP debe promover la selección de los proveedores con quienes celebrará estos convenios. Para el caso debería señalar los parámetros de selección o requisitos mínimos que deben cumplir siempre y cuando fueran adicionales a los requeridos para inscribirse en el Registro Único de Proveedores. Se entiende que no debería haber segregación y que todos los interesados que sean poseedores de un RUP deberían ser beneficiados con la suscripción del respectivo convenio marco, siempre y cuando el catálogo electrónico contemple la categoría en la que la persona pretende ofrecer sus bienes o servicios.

Otra de las finalidades del catálogo es que los bienes enlistados en este, tengan los precios más favorables del mercado; sin embargo esto no siempre sucede. Como se indicó anteriormente, en el artículo 42 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece la obligatoriedad de las instituciones públicas para

⁷¹ Artículo 42. Ecuador. Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. R.O. 588-Suplemento, del 12 de mayo de 2009.

⁷² Artículo 43. Ecuador. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. R.O. 395-Suplemento, del 4 de agosto de 2008.

comprar por catálogo electrónico si es que el bien o servicio está incluido en este. En ocasiones ocurre que ciertos bienes ofertados por catálogo, son más caros que en el comercio regular, pero como existe la obligación de la utilización de esta herramienta, la entidad se ve obligada a adquirirlos a precios más onerosos. Una característica común a todas las compras hechas por entidades públicas es la premura con que estas necesitan se realicen los procesos de contratación, y es por esta misma razón que el Estado se ve perjudicado en sus compras, teniendo que aceptar los precios impuestos por el comerciante. Previendo esta situación la Ley ha dispuesto:

*[...] Si cualquiera de las Entidades Contratantes obtuviere ofertas de mejor costo que las que consten publicadas en el catálogo electrónico, deberán informar al Instituto Nacional de Contratación Pública para que este conozca y confirme que la oferta es mejor y adopte las medidas necesarias que permitan extender tales costos, mediante celebración de Convenios Marco, al resto de Entidades Contratantes.*⁷³

La norma se refiere al futuro, pero no admite que en ese momento se compre. Ordena que en ese supuesto, deberá informar al INCOP para que celebre el respectivo convenio marco a fin de que la entidad pueda acceder a comprar el bien con el mencionado proveedor. Este proceso toma tiempo; pero la premura obliga a las entidades a adquirir bienes o servicios con precios más onerosos de los que constan en el catálogo. Este problema surge por la falta de una normativa clara en cuanto a los procesos de selección, lo que no permite al ente rector, filtrar a los proveedores que no son convenientes para el Estado bajo criterios objetivos y cuantificables con la finalidad no solo de encontrar el precio más favorable sino también evaluar la calidad de los bienes y servicios ofertados, así como a los oferentes dispuestos a dar mayores beneficios que podrían ser más convenientes a las entidades contratantes.

El artículo 43 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública faculta al INCOP para celebrar convenios marco con los proveedores, con la finalidad de que las adquisiciones sean hechas de forma directa por las entidades en un esfuerzo por acercar el comercio electrónico a las adquisiciones hechas por el Estado. Si bien esto constituye una ventaja en cuanto a la facilidad y la seguridad con que se realiza la

⁷³ Artículo 46 inciso 2. Ecuador. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. R.O. 395-Suplemento, del 4 de agosto de 2008.

transacción, también presenta ciertos inconvenientes. Así: Cuando una entidad del sector público realiza una compra electrónica mediante catálogo, el funcionario que posee la autorización para ingresar al catálogo electrónico selecciona el bien o servicio idóneo de una lista de ellos, luego ingresa el número de la partida presupuestaria de la cual se debitará la compra; el portal genera una “Orden de Compra” que detalla las características del bien, el nombre del proveedor, el precio unitario y el precio total de la adquisición; desde ese momento, corre el plazo para que el proveedor entregue el bien o preste el servicio en el tiempo determinado en el convenio marco pertinente. Una vez entregado el bien o prestado el servicio electrónicamente se debita de la cuenta de la respectiva entidad pública y la cantidad es acreditada al proveedor. Esto es cuando el proceso se desarrolla sin inconveniente. Los problemas surgen cuando hay incumplimiento por alguna de las partes involucradas. En caso incumplimiento por parte del proveedor en las características del bien o servicio, la cantidad o el tiempo de entrega, la entidad se encuentra con un inconveniente importante: el convenio marco. Al haber sido celebrado entre el INCOP y el proveedor, la entidad contratante no es la administradora del convenio, por lo que no puede imponer multas, declarar incumplimientos y dar por terminado el convenio y reiniciar nuevamente el proceso. El único que puede realizar este tipo de acciones es el Instituto Nacional de Contratación Pública, para lo cual la entidad debe informar de lo sucedido al INCOP y solicitar se pronuncie sobre el inconveniente. Una vez que el órgano rector se ha pronunciado sobre el hecho, la entidad y el proveedor deberán acatar este pronunciamiento, con lo que se podrá proseguir con la entrega de los bienes o servicios en las condiciones establecidas por el INCOP. Nuevamente nos topamos con el problema de la celeridad en la resolución de inconvenientes, ya que el Instituto Nacional de Contratación Pública debe atender a todas las entidades públicas en todo el país. La respuesta que se obtiene de este órgano no es inmediata, lo que muchas veces va en contra de los intereses institucionales y finalmente va en detrimento de los objetivos y la planificación del gobierno para el período fiscal vigente.

En caso de que el incumplimiento sea de la entidad pública, el proveedor deberá informar esto al INCOP para que tome las medidas necesarias, pero, este órgano al no tener la facultad coercitiva no tiene la capacidad de sancionar a la entidad y sus funcionarios; lo máximo que puede llegar a hacer es paralizar el proceso hasta que la

entidad contratante regularice sus actos administrativos dentro de los términos señalados en el convenio marco. De esta manera, si bien es conveniente la celebración de convenios que permitan la agilidad y la seguridad en las compras públicas, también es necesario solucionar los problemas que surgen de la utilización de esta figura jurídica para garantizar el cumplimiento del principio de calidad y trato justo así como cumplir con el objetivo de dinamizar las compras estatales y convertir a este sistema en el pilar de la contratación pública nacional.

Un falacia que encontramos con la aplicación de los procedimientos de contratación mediante catálogo electrónico es que se incumple el procedimiento de publicidad, debido a que las adquisiciones realizadas usando este sistema solamente pueden ser revisadas por las personas que poseen autorización para ingresar al catálogo electrónico. Este tipo de adquisiciones no es publicadas con el resto de compras que realiza una entidad y es imposible ejercer un control sobre este resto, por lo que se podría decir que, de cierta forma, este tipo de adquisiciones tienen un carácter de reservado, en perjuicio del principio de transparencia, pues no se llega a conocer jamás de la necesidad de la entidad, ni su motivación, ni determinar el sobreprecio o la razón por la cual se eligió determinado bien o servicio, lo que resulta inconveniente para los intereses tanto institucionales como estatales, ya que se puede evidenciar un cierto grado de discrecionalidad al momento de elegir el bien y el proveedor que va a suministrarlo. Al no tener que justificar este tipo de compras, se vuelve sencillo el direccionarlas hacia determinados proveedores lo que le quita confiabilidad al procedimiento e inclusive le resta utilidad a la herramienta informática, cuyo principal objetivo es dar publicidad y transparencia a los procedimientos de contratación realizados por el Estado.

Debido a las razones mencionadas se puede concluir que si bien el procedimiento de compras por catálogo pertenece a los llamados procedimiento dinámicos y facilita la contratación y favorece al cumplimiento de los objetivos y metas institucionales debido a que el procedimiento precontractual ya está realizado por el INCOP y las entidades son únicamente generadoras de gasto, presenta inconvenientes. En cualquier caso podría llegar a convertirse en la primera opción de contratación con el ingreso de diferentes tipos de bienes y servicios a la base de datos del sistema, pero así como debe ir ganando de a poco en su campo de acción también debe ir perfeccionándose para permitir se cumplan todos los principios legales y objetivos estatales,

previniendo inconvenientes y facilitando su pronta solución, facilitando la publicidad y el control transparentes de las adquisiciones y evitando en lo posible el abuso de la facultad discrecional de las autoridades ordenadoras de gasto.

3.2 La Subasta Inversa Electrónica

La Subasta Inversa es un procedimiento cuyo principal objetivo es obtener el mejor precio por los bienes que la entidad contratante desea adquirir. De acuerdo con la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública:

Para la adquisición de bienes y servicios normalizados que no consten en el catálogo electrónico, las Entidades Contratantes deberán realizar subastas inversas en las cuales los proveedores de bienes y servicios equivalentes, pujan hacia la baja el precio ofertado, en acto público o por medios electrónicos a través del Portal de COMPRASPUBLICAS.

Los resultados de los procesos de adjudicación por subasta inversa serán publicados en el Portal COMPRASPUBLICAS para que se realicen las auditorías correspondientes.

El Reglamento a la presente Ley establecerá los procedimientos y normas de funcionamiento de las subastas inversas.

Para participar en cualquier mecanismo electrónico en el portal se tiene que estar registrado en el RUP.⁷⁴

Por tanto, una vez agotada la vía de las compras por catálogo, es decir cuando los bienes o servicios no constaren en el instrumento electrónico de compras, se debe acudir obligatoriamente a la aplicación del procedimiento de Subasta Inversa antes de intentar la adquisición por otra modalidad prevista en la Ley. Es por esta razón que los procedimientos dinámicos son la base y por ende los más utilizados en la contratación a nivel nacional. Como el catálogo electrónico no incluye muchos tipos de bienes es común que las instituciones realicen la mayoría de sus compras mediante el procedimiento de subasta inversa, porque además de ser mandatorio, este procedimiento presenta una peculiaridad que lo hace flexible a un gran número de

⁷⁴ Artículo 47. Ecuador. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, R.O. 395-Suplemento, del 4 de agosto de 2008.

adquisiciones: *“La subasta inversa electrónica se realizará cuando las entidades contratantes requieren adquirir bienes y servicios normalizados cuya cuantía supere el monto equivalente al 0,0000002 del Presupuesto Inicial del Estado [...]”*⁷⁵. Para lanzar un proceso de compra por medio de este procedimiento es necesario que el valor de la adquisición tenga un piso mínimo, equivalente al coeficiente antes citado, mientras que no tiene un techo máximo que limite el costo de la adquisición. Esta característica da la posibilidad a las entidades de realizar adquisiciones de bienes o servicios normalizados utilizando este método.

La importancia de este método de adquisición es grande; no solo se trata del procedimiento alternativo a la compra mediante catálogo electrónico, sino que es un procedimiento bien concebido que brinda seguridad tanto a la entidad pública como a los oferentes y además garantiza más que ningún otro procedimiento contemplado en la Ley, la participación nacional de la manera más justa.

Para presentarse a un proceso de subasta inversa, es necesario que el oferente esté inscrito en la categoría del Registro Único de Proveedores designada para la adquisición específica. Si esto sucede, todos los proveedores inscritos recibirán notificación sobre la existencia de la oferta, promoviendo su libre y voluntaria participación o abstención. Junto con la notificación enviada por el Instituto Nacional de Contratación Pública se encuentra inmerso el código del proceso. Con este código los proveedores de bienes y servicios tienen la capacidad de descargar los pliegos. En los cuales se encuentran tanto las especificaciones técnicas del bien o servicio requerido por la entidad pública, como las condiciones bajo las cuales debe ser cumplido el contrato en caso de que un proveedor sea adjudicado. Estos pliegos describen las reglas sobre las cuales los oferentes deben decidir si les conviene o no participar en el procedimiento.

Las ofertas deben ser calificadas por profesionales afines a la materia de la contratación, sin dar preferencia a personas naturales o jurídicas, micro, pequeñas medianas o grandes; lo que se evalúa en esta etapa es el cumplimiento de las especificaciones técnicas requeridas y de la información solicitada en los pliegos respectivos, con lo que se cumple el principio de trato justo, pues se pone a todos los

⁷⁵ Artículo 44. Ecuador. Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. R.O. 588-Suplemento, del 12 de mayo de 2009.

oferentes en posición de igualdad con el objeto de calificar la idoneidad de las ofertas por estos presentadas. Una vez evaluadas las propuestas, se habilita únicamente a los oferentes que cumplen con los requerimientos hechos por la entidad contratante para que participen en la puja electrónica.

El portal de compras públicas luego se encarga de llevar a cabo la puja hacia la baja, registrando automáticamente los datos de las ofertas y el tiempo exacto en que fueron presentadas garantizando transparencia y publicidad del acto. Una vez terminada la puja, sale el informe de resultados con la oferta ganadora, el monto y el historial de propuestas hechas por los pujantes durante el evento. Esta información es de libre acceso para quien quiera consultar lo acontecido, por lo que este sistema se ajusta a los principios establecido en la Ley facilitando el control y la fiscalización del procedimiento.

La subasta inversa denota un especial interés por el ahorro monetario en la adquisición más que en la calidad de los bienes proporcionados, aunque se registran ciertas deficiencias. Por ejemplo, el principio de calidad, no ha sido normado dentro de este procedimiento porque, se traslada como responsabilidad de la entidad contratante. Esto quiere decir que es responsabilidad de la entidad contratante el garantizar que los bienes a ser comprados sean de la mejor calidad que se espera se de a través de la planificación de los Términos de Referencia que serán incluidos posteriormente en los pliegos del proceso. Esto parece lógico pues es la generadora de la necesidad quien debe describir prolijamente el bien o servicio que requiere a fin de que este pueda ser cubierto por los oferentes. Mientras más detallada sea esta descripción, más se asegura que el bien o servicio cumpla con los estándares de calidad, quedando poco espacio para que el interesado tenga la oportunidad de abaratar los precios a costa de la calidad del bien. La planificación de las adquisiciones resulta trascendental para garantizar el mejor aprovechamiento de los recursos estatales, pero en este caso específico el programar y estudiar las adquisiciones hace posible que este procedimiento cumpla con los estándares de calidad. Hay que subrayar que si la especificación técnica de la entidad compradora no es suficientemente prolija se corre el riesgo de obtener bienes a aparentemente buen precio pero de baja calidad, lo que perjudicaría sobremanera al Estado. En cambio si se elabora el requerimiento con la suficiente responsabilidad, se puede realizar adquisiciones muy convenientes para los entes gubernamentales.

Otro aspecto positivo para la subasta inversa se encuentra inmerso en los documentos generados a partir del procedimiento precontractual. Todo acto generado por la institución se formaliza con la expedición de un documento que lo avale, ya sean Resoluciones, Contratos o Actas. Estos documentos dan fe de la actuación oficial de la entidad durante el procedimiento, tanto de los criterios usados en la calificación de los oferentes como en la voluntad de iniciar o adjudicar el proceso como producto del cumplimiento de parámetros objetivos. Estos documentos permiten un fácil acceso a los órganos de control y a la ciudadanía en general para detectar y denunciar anomalías que perjudiquen la transparencia del procedimiento. Se utiliza la herramienta informática para divulgar la voluntad estatal plasmada en los documentos precontractuales y facilitar el acceso a quien necesite conocer sobre el proceder de la entidad en determinado proceso. Esto, además de cumplir con los principios de transparencia y publicidad, dificulta que se produzcan actos que pongan en duda la honestidad del proceso y de las personas involucradas, porque obliga a que los funcionarios encargados con la responsabilidad de llevar a cabo las diferentes etapas de la contratación, estén más consientes de que todos sus actos son públicos y por tanto se vean obligados a mantener la ética necesaria para llevar al proceso a su culminación idealmente sin inconvenientes de este tipo.

La conveniencia de este procedimiento se debe en parte a la prolijidad con la que fue concebido, convirtiéndolo en la mejor herramienta para adquisición de bienes y servicios normalizados que pone a disposición la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General de Aplicación. Prueba de esto es la etapa de negociación concebida para este procedimiento, pues toma en cuenta la eventualidad de que un solo proveedor resulta calificado como idóneo para proceder a la puja. En este caso, al no haber competencia se vuelve innecesaria la ejecución de una puja electrónica, por lo que en su reemplazo se concibió que el oferente asista a una sesión de negociación con los representantes de la entidad adquiriente con el propósito de mejorar la oferta presentada. Esta negociación no es igual a las efectuadas por la entidad contratante en procedimientos análogos; tiene que cumplir ciertos parámetros derivados del objeto del procedimiento de subasta inversa, de la manera descrita en el Reglamento:

No se realizará la puja, y en su lugar se realizará una única sesión de negociación, entre la entidad contratante y el oferente, en los siguientes casos:

- 1.- Si existe una sola oferta técnica calificada.*
- 2.- Si luego de la calificación técnica un solo proveedor habilitado presenta la oferta económica inicial en el portal www.compraspublicas.gov.ec.*

La sesión de negociación se realiza entre la entidad contratante y el único proveedor habilitado para presentar su oferta económica, en el día y hora que se señale para el efecto dentro de un término no mayor a tres días contados desde la fecha establecida para la realización de la puja. El objeto de la negociación será mejorar la oferta económica del único oferente calificado.

En el proceso de negociación, la entidad contratante deberá disponer de información respecto de las condiciones del mercado del bien o servicio a adquirir, para lo cual tomará en cuenta, sin que sean exclusivos, los siguientes elementos:

- 1. Precios de adjudicación de bienes o servicios similares realizados a través del portal www.compraspublicas.gov.ec.*
- 2. Proformas de otros proveedores del bien o servicio a contratar.*
- 3. Información sobre el precio del bien o servicio que se pueda obtener de otras fuentes como cámaras o bolsas de productos, internet, entre otras.*
- 4. En todo caso el oferente deberá rebajar su oferta económica en al menos el cinco por ciento (5%) del presupuesto referencial de la subasta inversa convocada.*

Este procedimiento de verificación de las condiciones de mercado del bien a contratar es de absoluta responsabilidad de la entidad contratante, la que en caso de omitir el mismo estará sujeta a las responsabilidades que establezcan las entidades del control.

De la negociación se dejará constancia en un acta que se publicará en el portal www.compraspublicas.gov.ec.

*La negociación alcanzada no significa adjudicación del contrato.*⁷⁶

Como se puede observar, el procedimiento establecido para la negociación del proceso de subasta inversa, es muy específico; se circunscribe al aspecto económico de la oferta, no permite negociar las especificaciones técnicas del bien o servicio en cuestión, porque ya fueron calificadas en igualdad de condiciones entre los oferentes que demostraron interés en participar, por lo que cualquier cambio en este sentido atentaría contra el derecho de los demás participantes a ser evaluados bajo las mismos parámetros objetivos. Un aspecto peculiar de la negociación es que establece responsabilidades inherentes a la entidad pública contratante; la obliga a realizar una preparación previa a la sesión de negociación, con el objetivo de reunir los argumentos suficientes para obligar al oferente a reducir el precio de su bien o servicio ofertado. De la misma manera obliga al oferente a reducir su precio poniendo un mínimo porcentaje que deberá cumplir para ser considerado como potencial adjudicatario. En caso de que el oferente no esté dispuesto a cumplir con esta última exigencia su oferta será rechazada y el procedimiento de compra deberá ser declarado desierto. Como se puede ver, el hecho de que no se produzca puja no hace que la subasta inversa deje de perseguir el mayor beneficio económico para el estado, por lo que resulta beneficiosa su aplicación y su preferencia antes que la aplicación de otros mecanismos de contratación de bienes y servicios descritos en la Ley.

Como dice claramente Jorge Enrique Vargas en su obra, “[...] en la contratación en línea deben establecerse patrones comunes de acción y procesos simplificados, siempre puestos a la vista de todos los proveedores y los ciudadanos”⁷⁷. Este concepto se aplica tanto a las compras por catálogo electrónico pues su finalidad es simplificar los procedimientos de compra, como a la subasta inversa electrónica, pues utiliza herramientas basadas en aplicaciones informáticas en línea para hacer posible el proceso. El ejemplo más evidente es la puja que se realiza en tiempo real usando la herramienta de internet para registrar las ofertas hechas por los proveedores. Como podemos observar, la subasta inversa posee patrones comunes pues sigue un procedimiento determinado en la Ley y en su Reglamento que debe ser estándar para

⁷⁶ Artículo 47. Ecuador. Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. R.O. 588-Suplemento, del 12 de mayo de 2009.

⁷⁷ Jorge Enrique Vargas. Contratación Electrónica: Todo a la vista de todos, en Gobierno Digital tendencias y desafíos. Compilado por Marco Peres Useche. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2003. Pág. 153.

todos los procedimientos sometidos a esta modalidad lo que da seguridad jurídica a los participantes. Aunque el anterior parece un concepto sencillo podemos ver su complejidad, pues incorpora la idea de simplificación como la clave de la administración efectiva de los procedimientos; si bien este punto de vista es totalmente válido, por el momento es inaplicable al proceso de subasta inversa, pues es justamente su complejidad y detalle lo que lo hace confiable y seguro tanto para las personas oferentes como para las entidades del Estado. Un proceso más simplificado nos llevaría a eliminar muchas de las bondades de este procedimiento en pro de un proceso más ágil pero con más vacíos que a la postre resultarían perjudiciales para la correcta ejecución de las contrataciones estatales. Por último enuncia al principio de transparencia y publicidad del que ya he hablado con respecto a este procedimiento y del que he manifestado se ve aplicado plenamente. Este autor acerca la idea de la contratación estatal mediante medios electrónicos a la idea de la contratación privada por estos mismos medios, como es el caso de las compras en línea en donde el interesado elige de un catálogo el producto, introduce el número de tarjeta de crédito y se efectúa la transacción de manera simple y ágil; sin embargo las compras estatales conllevan complicaciones por lo que esta idea, si bien constituye el objetivo para el futuro de la contratación administrativa no es del todo aplicable en el presente y en nuestra particular realidad.

En consecuencia, si bien la Subasta Inversa Electrónica no es un proceso del todo perfecto, constituye el mayor avance de nuestra legislación de contratación pública pues garantiza el cumplimiento de todos los principios enunciados en la Ley en el mayor grado posible. Opino que es el procedimiento más eficiente, pues posee y brinda más beneficios al Estado al momento de su aplicación, por lo que, es beneficioso que sea el método más utilizado en lo que se refiere a contratación de bienes y servicios normalizados.

4. PROCEDIMIENTOS ALTERNATIVOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.

Los procedimientos alternativos de contratación pública son aquellos que se utilizan cuando no ha sido posible aplicar los procedimientos dinámicos establecidos en la

Ley o se ha declarado desierto el procedimiento de subasta inversa. En ese momento se abre la posibilidad de recurrir a otros procedimientos. Se debe precisar, sin embargo, que los procedimientos de obras no necesitan de la previa aplicación de los procesos dinámicos pues ‘estos sirven solamente para la adquisición de bienes y servicios.

Los procedimientos llamados, a efectos de esta disertación como alternativos, son:

1. Licitación;
2. Cotización;
3. Menor cuantía; e,
4. Ínfima cuantía.

La utilización de este tipo de procedimientos depende del precio de los bienes, servicio u obras que se desee ejecutar, así como también de la conveniencia para la entidad contratante de optar por uno de aquellos, debido a las ventajas y desventajas de cada uno.

4.1. La Licitación

La Licitación es el procedimiento más antiguo de la contratación pública. Etimológicamente proviene del latín; *licitatio – onis*, que significa ofrecer precio por una cosa vendida en subasta.⁷⁸

Esta figura jurídica, proviene del Derecho Romano; en su momento se estableció con el fin de vender públicamente a los mejores postores, los objetos conseguidos como botín de guerra que debían ofrecerse en subasta pública, esto es, “ofertar hasta que aparezca el mejor postor.”

⁷⁸ Diccionario Latino. Barcelona, Ediciones Spes S.A. 1960, Pág. 280.

La Licitación podría definirse como:

*Un procedimiento mediante el cual, la administración Pública, elige a la persona natural o jurídica que le ofrece las condiciones más convenientes en cuanto a precio, calidad, oportunidad, eficiencia, eficacia, honradez, para celebrar un contrato determinado, y para ello hace un llamado público a los particulares, para que formulen sus ofertas a fin de llevar a cabo la contratación.*⁷⁹.

Este concepto se acopla a la intención del legislador esto es establecer un entorno ético del sistema contractual.

También podemos decir que: “Constituye el medio más idóneo para la Contratación Administrativa, y se fundamenta en el doble propósito de lograr mejores condiciones técnicas y económicas para la administración pública.”⁸⁰

Algunos autores califican a este proceso precontractual como el más complejo y largo de los que se establecen en la LOSNCP; sin embargo, es un mecanismo que se adecúa a la realidad de la negociación; promueve el ánimo de colaboración entre las partes concurrentes al punto de volverlas colaboradoras y no contendientes en el interés de beneficiar al Estado y transparentar los procesos.

En la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública se establecen tres condiciones para llevar a la práctica la licitación:

- La primera, por exclusión, cuando no es posible aplicar los procedimientos dinámicos señalados por la Ley y su Reglamento, es decir, en referencia a bienes o servicios normalizados.

⁷⁹ William López Arévalo. Tratado de Contratación Pública. Tomo I. Quito, Editorial Jurídica del Ecuador. 2011. Pág. 126.

⁸⁰ Carlos Serrano, La Contratación Administrativa. San Juan, Editorial Universitaria de Costa Rica. 1991. Pág. 38.

La segunda, para adquirir bienes o servicios normalizados, menos los casos de consultoría.

Ambos casos serán aplicados, siempre que el presupuesto referencial sobrepase el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio fiscal.

La tercera condición para contratar obras, cuando el presupuesto referencial sobrepase el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0.00003 por el monto del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio fiscal.⁸¹

Estas tres condiciones limitan el espectro de la licitación; son tres únicas situaciones en las que puede aplicarse esta figura jurídica

La Ley configura dos fases importantes que son la síntesis de la contratación mediante la licitación: La preparatoria y la precontractual.

La etapa preparatoria es de vital importancia para todos los procesos; se dedica a reunir la totalidad de los requisitos indispensables para iniciar el proceso. Se conforma la Comisión Técnica con:

1. *[...]Un profesional designado por la máxima autoridad, quien la presidirá;*
2. *El titular del área requirente o su delegado; y*
3. *Un profesional afín al objeto de la contratación designado por la máxima autoridad o su delegado;*

[...] En la Comisión Técnica de Licitación intervendrá con voz pero sin voto el Director Financiero y el Director Jurídico, o quienes hagan sus veces, o sus respectivos delegados;

*La Comisión Técnica designará al secretario de la misma de fuera de su seno.[...]*⁸²

⁸¹ Artículo 48. Ecuador. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. R.O. 395-Suplemento, del 4 de agosto de 2008.

Como es obvio, por aplicación del principio de legalidad, la entidad contratante no puede apartarse de lo señalado en las normas legales sin correr el riesgo provocar la nulidad de lo actuado. Por esa obvia razón se vuelve imprescindible que quienes conformen la comisión técnica ostenten un perfil de experiencia y conocimientos técnicos pues, en sus manos se halla la primera decisión para dar continuidad al proceso. No obstante, podría ocurrir que, *“La Comisión Técnica se reunirá con la presencia de al menos dos de sus miembros [...]”*⁸³, y si ésta se reuniera con la ausencia del profesional afín al objeto de la contratación o su delegado, y aprobara con desconocimiento, por compromiso o discrecionalidad un proceso de calificación y selección, alejándose de los principios de vigencia tecnológica, afectaría a los principios de transparencia, lealtad y calidad.

Aunque parezca de pero grullo, la primera tarea de la entidad pública será velar por una integración idónea de la comisión técnica para comenzar con pie derecho el proceso.

Para garantizar la calidad, la legalidad, la transparencia y la publicidad del proceso, la *“Entidad contratante elaborará los pliegos para cada contratación, para lo cual deberá observar los modelos por el INCOP, que sean aplicables y luego serán aprobados por la autoridad máxima de la entidad contratante o su delegado.”*⁸⁴

En la elaboración de los pliegos hay que tomar en cuenta la Resolución N° INCOP-022-09:

Los pliegos deberán contener en lenguaje preciso y directo, al menos algunos aspectos: 1. Las condiciones y requerimientos a cumplir por parte de los oferentes; 2- Las especificaciones de las obras, bienes o servicios, de manera

⁸² Artículo 18. Ecuador. Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. R.O. 588-Suplemento, del 12 de mayo de 2009.

⁸³ Artículo 18 inciso 10. Ecuador. Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. R.O. 588-Suplemento, del 12 de mayo de 2009.

⁸⁴ Artículo 20. Ecuador. Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. R.O. 588-Suplemento, del 12 de mayo de 2009.

*genérica, sin hacer referencia a marcas específicas; 3- Las etapas y términos del proceso de licitación: que contienen la Convocatoria; preguntas; respuestas y aclaraciones; presentación de ofertas; evaluación de las ofertas; convalidación de errores, de ser pertinente; informe de la Comisión Técnica; y, adjudicación. 4- Tipo de adjudicación total o parcial. 5- Proyecto de contrato. 6- Las condiciones o límites de de la subcontratación, si fuere del caso. 7- Plazo y forma de pago del contrato. 8- Garantías exigidas de acuerdo con la ley. 9- Los parámetros de calificación y la metodología de evaluación de las ofertas.*⁸⁵

Luego de verificar la necesidad de la contratación y que conste en el Plan Anual de Contrataciones, PAC, la entidad debe emitir una resolución motivada de inicio del proceso, con la aprobación de los pliegos y la certificación de los fondos. La autoridad, además, debe disponer la publicación de la convocatoria junto a los pliegos.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece:

*La Fase Precontractual comprende la publicación de la convocatoria, el procedimiento de aclaraciones, observaciones y respuestas, contenidos y análisis de las ofertas, informes de evaluación hasta la adjudicación y notificación de los resultados de dicho procedimiento.*⁸⁶

Las condiciones establecidas en la convocatoria no atenderán sólo al posible precio de la obra, bien o servicio, sino a todas las condiciones que impacten en los beneficios y costos que se espera recibir de la obra bien o servicio, en atención al principio de calidad señalado en la Ley. Estas condiciones deberán garantizar un beneficio para el

⁸⁵ Artículo 3. Ecuador. Resolución INCOP No. 022-09. R.O. 618- Suplemento, del 23 de junio de 2009.

⁸⁶ Artículo 49. Ecuador. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. R.O. 395-Suplemento, del 4 de agosto de 2008.

Estado, la vigencia tecnológica por el máximo tiempo posible y las mayores prestaciones para la institución contratante.

Insiste la Ley que la entidad contratante deberá propender, además del ahorro, a la eficacia, eficiencia y calidad de la obra que se pretende contratar.

Este conjunto de obligaciones no son de fácil cumplimiento, tanto por parte de los contratantes como por los contratistas; por esta razón, es indispensable la capacitación que deben recibir los actores. (Del sector público por su ideal de servicio al Estado, y de los particulares por el beneficio económico que obtendrán de la venta de sus servicios o bienes),

Las ofertas, “[...] *deben cumplir con todos los requisitos exigidos en los pliegos y se adjuntarán todos y cada uno de los documentos solicitados.*”⁸⁷. A pesar de su mala redacción, (redundancia en todos y cada uno) la norma impone la obligación de cumplir con todos los requisitos abriendo la puerta para descalificar a los oferentes que, por negligencia o eventual compromiso con los actores públicos, omitan tal cumplimiento.

Las ofertas se abrirán y se publicarán en el Portal: señalarán la identificación del oferente, la descripción básica de la obra, bien o servicio y el precio unitario - de ser el caso -, y el valor total de la oferta.

La metodología que se contemple en los pliegos deberá ser aplicada por la Comisión Técnica para la evaluación de las ofertas la que, podrá designar comisiones subcomisiones de apoyo según la complejidad del proceso.

En las ofertas será necesario tomar en cuenta la definición legal sobre el mejor costo en bienes y servicios normalizados y no normalizados. Al referirse a los normalizados: *“Es la oferta que cumpliendo con todas las especificaciones y*

⁸⁷ Artículo 51. Ecuador. Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. R.O. 588-Suplemento, del 12 de mayo de 2009.

requerimientos técnicos, financieros y legales exigidos en los documentos precontractuales, oferte el precio más bajo”⁸⁸. En cuanto a los no normalizados: “[...]la oferta que ofrezca a la entidad las mejores condiciones presente y futuras en los aspectos técnicos, financieros y legales, sin que el precio más bajo sea el único parámetro de selección, en todo caso, los parámetros de evaluación deberán constar obligatoriamente en los pliegos.”⁸⁹

En ambos rubros se persigue el mayor beneficio para el Estado y el cumplimiento de los principios de calidad y concurrencia

Luego de la evaluación, la Comisión Técnica elaborará un acta y un informe para la máxima autoridad; el acta deberá contener las observaciones sobre el cumplimiento de los pliegos e incluirá la recomendación expresa de adjudicar el contrato o declararlo desierto, para la resolución correspondiente que deberá ser publicada en el Portal a fin de garantizar su publicidad y facilitar el control del procedimiento.

La máxima autoridad, en base al análisis, el Acta y las sugerencias de aprobación o declarado desierta la licitación por parte de la Comisión Técnica, adjudicará la oferta mediante resolución motivada que será notificada al adjudicatario y al resto de los oferentes a través del Portal, La máxima autoridad, no podrá adjudicar la licitación a una oferta que no cumpla con las condiciones y requisitos establecidos en los pliegos, ni a quienes se les encuentre incursos en inhabilidades para contratar.⁹⁰

Luego vendrá la etapa de negociación; su finalidad no solamente será la mejora del precio de la contratación, sino el mutuo beneficio de las partes y la entrega de un

⁸⁸ Artículo 6 numeral 17. Ecuador. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. R.O. 395-Suplemento, del 4 de agosto de 2008.

⁸⁹ Artículo 6 numeral 18. Ecuador. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. R.O. 395-Suplemento, del 4 de agosto de 2008.

⁹⁰ Artículo 8. Ecuador. Resolución INCOP No. 022-09. R.O. 618- Suplemento, del 23 de junio de 2009.

producto de calidad a través de un proceso transparente, legal y satisfactorio para aquellas. En realidad es un poco extraña esta etapa toda vez que los pliegos fijaron las condiciones y el presupuesto referencial y las ofertas debieron ajustarse a aquellos requisitos y por eso se adjudicó a la mejor. Sin embargo, la ley ha previsto este paso como un adicional dentro del proceso, para el supuesto de que, no obstante las condiciones previas, podría existir un mejor arreglo directo entre las partes. Es una especie de regateo de última hora que, por la experiencia que se ha vivido, ha dado buenos resultados para el sector público. De todas formas, los contratistas, conscientes de las condiciones, deben preparar sus ofertas con miras a ese regateo.

Las obras, bienes y servicios que ingresan al Sistema Nacional de Contratación Pública, deben ser de calidad. Es conveniente recordar que las compras públicas deben responder a la necesidad de la entidad pública. De ahí que no se pueda entender que se compren o contraten productos de dudosa calidad que servirán por poco tiempo. Claro que, en el mundo de los negocios, la calidad es relativa al precio pero, a veces, un precio alto no garantiza un buen producto. Basta recordar los recientes llamados de fábricas automotrices de indiscutida fama, como la Toyota o la General Motors, para que los compradores de determinados modelos, los lleven a los concesionarios para revisión o corrección de defectos que fueron detectados con el uso de meses o años.

La licitación, como se ha dicho, es uno de los procesos más convenientes para compras de la entidad pero sobre todo es de suma utilidad al tratarse de obras, pues para ese caso en particular, no es posible la utilización de los procedimientos dinámicos.

Por el largo uso a través del tiempo se ha perfeccionado y brinda garantías tanto para el Estado como para los contratistas; creo que facilita un concurso justo entre los miembros del universo de proveedores registrados en el RUP y el cumplimiento de los principios de concurrencia, publicidad, oportunidad, participación nacional,. A pesar de sus bondades, en el pasado no ha podido librarse de las sospechas. Recuerdo, por ejemplo, la famosa licitación por la construcción de vía perimetral de Guayaquil y

la controversia política que desató entre prominentes directivos del Partido Social Cristiano y la Izquierda Democrática.⁹¹

4.2.La Cotización

En la Contratación Pública es el procedimiento mediante el cual el Estado puede acceder a los mejores precios en determinadas circunstancias. Se aplica este

⁹¹ Tomada de la edición impresa del Viernes 22 de Julio del 2011

oposición a la vía perimetral

Jaime Nebot ha olvidado “La placa de la infamia”

Los cuestionamientos provenían también del vicepresidente Blasco Peñaherrera y del Banco Interamericano de Desarrollo.

El alcalde de Guayaquil, Jaime Nebot, defendía ayer en una radioemisora, la libertad de prensa y, en la tarde, participó con los concejales en el plantón organizado por los propietarios de diario El Universo.

Los habitantes del Puerto Principal decían al referirse a los cínicos en el siglo XVIII, con mucha gracia, “el burro hablando de orejas”

En 1986, mientras fue gobernador de la provincia, en el Gobierno de León Febres Cordero, la construcción de la vía Perimetral de Guayaquil provocó uno de tantos escándalos. Los diputados de la ID, Alfredo Vera Arrata, e Italo Ordóñez, denunciaron un sobreprecio de 8.959 millones de sucres, al cambio de entonces, unos cincuenta millones de dólares, en la contratación de la obra con los consorcios españoles Agromán y Dragados.

Además estaba cuestionado el carácter suntuario, cuando el 80% de los guayaquileños no tenían agua potable y la obra desalojaría a cuatro mil familias humildes instaladas en los alrededores.

Los cuestionamientos provenían también del vicepresidente Blasco Peñaherrera y del Banco Interamericano de Desarrollo.

Sobre Jaime Nebot pesaba la presunta acusación de que la Perimetral pasaría por urbanizaciones en las que el grupo económico del gobernador tenía participación y aumentaría la plusvalía. La reacción se tradujo en una campaña regionalista en la que, a quienes se oponían a la obra, se los acusó de “enemigos de Guayaquil”.

Entonces, al pie del monumento a Vicente Rocafuerte, en la Plaza de San Francisco, apareció “La placa de la Infamia”, en cuyo texto destacaba el nombre de quienes se opusieron: Diario HOY, el periodista Alfredo Pinargote y el diputado Alfredo Vera.

Ellos habían denunciado sobreprecio, dudosa prioridad de la vía y que aumentaría el precio de los terrenos de los allegados al régimen.

Los reportajes del diario capitalino se referían al tema fundamentados en informes técnicos adversos.

Alfredo Vera en el Congreso y Alfredo Pinargote en los medios de comunicación habían expuesto argumentos similares.

El atajo del regionalismo fue el camino del gobierno y sus amigos para defender una obra que, décadas después, está casi inutilizada y dentro de un cordón de miseria en el que la dotación de alcantarillado y agua potable brillan por su ausencia.

La placa de la infamia, que supuestamente frenaría el debate estuvo en el sitio no más de tres días y después fue retirada por orden del gobernador, Jaime Nebot Saadi.

El Telégrafo © 2011 - Todos los derechos reservados.

procedimiento cuando el objeto de la contratación sea de bienes y servicios normalizados o bienes y servicios no normalizados y por fin, en la ejecución de obras.

Existen según la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, tres circunstancias para que un procedimiento pueda ser ejecutado con esta figura:

1. Si fuera imposible aplicar los procedimientos dinámicos previstos en el Capítulo II de este Título o, en el caso que una vez aplicados dichos procedimientos, éstos hubiesen sido declarados desiertos; siempre que el presupuesto referencial oscile entre 0,000002 y 0,000015 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico;

2. La contratación para la ejecución de obras, cuyo presupuesto referencial oscile entre 0,000007 y 0,00003 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente Ejercicio Económico; y,

3. La contratación para la adquisición de bienes y servicios no normalizados, exceptuando los de consultoría, cuyo presupuesto referencial oscile entre 0,000002 y 0,000015 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente Ejercicio Económico.[...]”⁹²

En los tres casos anteriores, para ejecutar el procedimiento de Cotización, “[...] se invitará a presentar ofertas a por lo menos a 5 proveedores registrados en el RUP escogidos por sorteo público. [...]”⁹³. Si todos los proveedores locales manifestaren interés, el sistema seleccionará a quienes cumplieran los parámetros de contratación preferente e inclusión (tipo de proveedor y localidad)., Recordemos que la LOSNCP señala que “[...] se privilegiará la contratación con micros, y pequeñas empresas, con artesanos y profesionales, preferentemente domiciliados en el cantón en el que se

⁹² Artículo 50. Ecuador. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, R.O. 395-Suplemento, del 4 de agosto de 2008.

⁹³ Artículo 50. Ecuador. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, R.O. 395-Suplemento, del 4 de agosto de 2008.

ejecutará el contrato [...]. ,igual tratamiento se cumplirá en las contrataciones por obra. La interpretación y aplicación de esta norma resultan complicadas, pues la misma ley permite y promueve la participación de oferentes en iguales condiciones, sin privilegios ni prerrogativas.

Aparte de los proveedores sorteados, podrán participar los proveedores habilitados en el RUP, mediante la convocatoria hecha por el portal de acuerdo con el Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública:

En este procedimiento la invitación a presentar ofertas a cinco (5) proveedores elegidos mediante sorteo público se lo realizará de forma aleatoria a través del Portal www.compraspublicas.gov.ec de entre los proveedores que cumplan los parámetros de contratación preferente e inclusión (tipo de proveedor y localidad), de acuerdo a lo que establece los Arts. 50 y 52 de la Ley.

En los pliegos se determinará un sistema de calificación en virtud del cual aquellos proveedores invitados por sorteo obtengan una puntuación adicional por el hecho de haber salido favorecidos; sin perjuicio del margen de preferencia que se deberá establecer en los pliegos para los demás proveedores locales que participen sin ser invitados por sorteo.

Sin perjuicio de las invitaciones a los proveedores sorteados, podrán participar los proveedores habilitados en la correspondiente categoría en el RUP, para lo cual se publicará la convocatoria en el Portal www.compraspublicas.gov.ec.

A este tipo de contratación se aplicarán las normas previstas para el procedimiento Licitación en lo que sea pertinente.⁹⁴

⁹⁴ Artículo 56. Ecuador. Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. R.O. 588-Suplemento, del 12 de mayo de 2009.

Esta forma de invitación garantiza la participación nacional, pues además de ser invitados los cinco proveedores seleccionados aleatoriamente por el sistema, el Portal abre la invitación a todos los oferentes registrados en esa categoría en el Registro Único de Proveedores. La parte negativa es que sin razón o justificación alguna, el Portal puede otorgar una puntuación adicional por el hecho de que estos proveedores fueron sorteados, sin tomar en cuenta el carácter de su oferta o su calidad, lo que viola el principio de trato justo, nuevamente haciendo inaplicable la norma.

Un aspecto positivo es la fidelidad y transparencia que ofrece este sistema; por el uso de herramientas tecnológicas, que, se entiende, no permiten la intervención de extraños en el proceso, salvo el riesgo de algún hacker intruso.

Cuando se llega a la etapa de calificación, se deberá otorgar los puntos asignados por la normativa a los invitados que fueron sorteados aleatoriamente. Nelson López afirma al respecto:

Los pliegos serán aprobados por la máxima autoridad y adecuados a lo que señala la Ley, allí se determinará un sistema de calificación por el cual los invitados por sorteo obtendrán una puntuación adicional por el hecho de haber salido favorecidos, se entiende, sin perjuicio del margen de preferencia que se deberá establecer en los pliegos para los demás proveedores locales que participen sin ser invitados al sorteo.⁹⁵

Por consiguiente, en la calificación, se tomará en cuenta dos situaciones:

⁹⁵ Nelson López Jácome, Interrogantes y respuestas sobre la nueva Ley de Contratación Pública, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, tercera edición. 2011. Pág. 230.

1.- Tendrán mejor puntuación, aquellos proveedores que fueron invitados por sorteo; y,

2.- Se tendrá en cuenta el domicilio de los participantes, lo que dará privilegio a los que pertenezcan a la localidad en donde se deba ejecutar el objeto de la contratación.

Como ya he dicho ambos criterios violan los principios esenciales de la Ley, por lo que, si bien es necesaria su aplicación para poder continuar con el procedimiento una vez iniciado, estos no deberían ser aplicados por las entidades contratantes.

La adjudicación y la notificación son las partes concluyentes del proceso precontractual. La máxima autoridad de la entidad contratante, mediante resolución motivada, adjudicará el contrato al oferente que se haya considerado con la mejor propuesta y lo hará a través del portal para el conocimiento público.

Este procedimiento, como ya se ha indicado, tiene puntos positivos como el cumplimiento de los principios de publicidad y participación nacional en la medida en que la invitación que hace el portal no solamente es a los oferentes sorteados, sino también a todos aquellos que están inscritos en esa categoría en el RUP, por lo que no se discrimina ni se deja a la discrecionalidad de la institución pública la selección de los candidatos a ser posibles adjudicatarios de este tipo de procedimiento.

Por otra parte, el hecho de conceder ventaja a ciertos oferentes dentro del proceso precontractual viola el principio de igualdad y de trato justo, lo que perjudicaría al estado y podría atentar contra el principio de calidad de manera indirecta, pues se podría favorecer ofertas de menor categoría. Por lo afirmado considero que la Cotización no es un procedimiento que brinde las suficientes garantías ni beneficios que derivan del cumplimiento cabal de los principios y objetivos del Sistema Nacional de Contratación Pública.

4.3.La Menor Cuantía

Es un procedimiento alternativo que se aplica a la adquisición de bienes y servicios, cuando se han descartado los procedimientos dinámicos.

Si es el caso de obras, este procedimiento deberá aplicarse conforme a los montos establecidos por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública de la siguiente manera:

Se podrá contratar bajo este sistema en cualquiera de los siguientes casos:

1. Las contrataciones de bienes y servicios no normalizados, exceptuando los de consultoría cuyo presupuesto referencial sea inferior al 0,000002 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico;

2. Las contrataciones de obras, cuyo presupuesto referencial sea inferior al 0,000007 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico;

3. Si fuera imposible aplicar los procedimientos dinámicos previstos en el Capítulo II de este Título o, en el caso que una vez aplicados dichos procedimientos, éstos hubiesen sido declarados desiertos; siempre que el presupuesto referencial sea inferior al 0,000002 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.

En los casos de los números 1 y 3 se podrá contratar directamente. En el caso previsto en el número 2 se adjudicará el contrato a un proveedor registrado en el RUP escogido por sorteo público de entre los interesados previamente en participar en dicha contratación.

De requerirse pliegos, éstos serán aprobados por la máxima autoridad o el funcionario competente de la Entidad Contratante y se adecuarán a los modelos obligatorios emitidos por el Instituto Nacional de Contratación Pública.⁹⁶

En esta modalidad nos encontramos también con la dificultad (privilegio de unos) descrita en la Cotización, debido a que para este procedimiento la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública prevé:

En las contrataciones de bienes y servicios que se adquieren por procedimientos de cotización y menor cuantía, excepto los servicios de consultoría, se privilegiará la contratación con micros y pequeñas empresas, con artesanos o profesionales, preferentemente domiciliados en el cantón en el que se ejecutará el contrato, quienes deberán acreditar sus respectivas condiciones de conformidad a la normativa que los regulen.

Para las contrataciones de obra que se seleccionan por procedimientos de cotización y menor cuantía se privilegiará la contratación con profesionales, micro y pequeñas empresas que estén calificadas para ejercer esta actividad, y preferentemente domiciliados en el cantón en el que se ejecutará el contrato.

Solamente en caso de que no existiera oferta de proveedores que acrediten las condiciones indicadas en los incisos anteriores, se podrá contratar con proveedores de otros cantones o regiones del país.

El Instituto Nacional de Contratación Pública, en los modelos

⁹⁶ Artículo 51. Ecuador. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. R.O. 395-Suplemento, del 4 de agosto de 2008.

*correspondientes, incluirá disposiciones para el cumplimiento de este mandato y velará por su efectiva aplicación.*⁹⁷

Reitero lo manifestado. La norma al favorecer a los micro, pequeños y medianos empresarios, se va en contra del principio de participación nacional y también del principio de igualdad al no permitir a otro tipo de empresas calificadas e inscritas en el Registro Único de Proveedores participen en el proceso. La norma, sin embargo, es indispensable para superar la etapa de selección del procedimiento de menor cuantía. La herramienta informática coadyuva al incumplimiento de los principios legales al obligar a la entidad contratante a ingresar parámetros como domicilio del oferente, con el objeto de privilegiar a los proveedores que están domiciliados en esa localidad, frente a los demás oferentes a nivel nacional. La crítica a la herramienta informática en este sentido, no estaría fundamentada en su poca utilidad, sino mas bien en la discrecionalidad de las personas encargadas de programar el software que va a ser utilizado por todas las entidades contratantes a nivel nacional. Claro que esta critica vale para todo el proceso, una vez que la tecnología siempre servirá a sus creadores.

Otro gran inconveniente que presenta este tipo de contratación se desprende de la aplicación del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, pues este señala:

*Para las contrataciones previstas en los numerales 1 y 3 del Art. 51 de la Ley, cuya cuantía no exceda el monto equivalente al 0,000002 del Presupuesto Inicial del Estado, la máxima autoridad o su delegado podrá seleccionar directamente y adjudicar al contratista que cumpla con los requerimientos de la contratación previstos en los pliegos elaborados por la entidad contratante sobre la base de los formatos elaborados por el INCOP.*⁹⁸

⁹⁷ Artículo 52. Ecuador. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, R.O. 395-Suplemento, del 4 de agosto de 2008.

⁹⁸ Artículo 58. Ecuador. Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, R.O. 588-Suplemento, del 12 de mayo de 2009.

Como se puede leer tanto la Ley como el Reglamento dan a la máxima autoridad la discrecionalidad de seleccionar y adjudicar a un contratista de su elección que cumpla con los requerimientos específicos de la contratación. Esta práctica contraviene totalmente los principios y los objetivos del sistema de contratación pública.

Esta práctica le quita casi totalmente la transparencia a este procedimiento pues transforma a este método en puramente discrecional que no toma en cuenta los principios de concurrencia y participación nacional, ni se preocupa por la calidad de los bienes que se podrían obtener si el proceso garantizara la libre competencia. Ocasiona, además, que el ejercicio del control sea casi inaplicable, pues no fundamenta su proceder en criterios objetivos y comprobables, sino meramente en el ejercicio de la voluntad de la máxima autoridad. La aplicación de este procedimiento quita todo significado a la existencia de los principios y objetivos de la Ley, pues es contraria a su espíritu y finalidad.

4.4.La Ínfima Cuantía

Es en la única figura legal en la cual la entidad pública podría contratar directamente la adquisición de bienes y servicios o la ejecución de obras, bajo el criterio de montos mínimos. Cabe recalcar que esta figura no está contemplada en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, pues nace con la expedición de su Reglamento General de Aplicación.

La Ínfima Cuantía puede ser aplicada únicamente de la siguiente manera:

Las contrataciones para la ejecución de obras, adquisición de bienes o prestación de servicios, cuya cuantía sea igual o menor a multiplicar el coeficiente 0,0000002 del Presupuesto Inicial del Estado se las realizará de forma directa con un proveedor seleccionado por la entidad contratante sin que sea necesario que éste conste inscrito en el RUP. Dichas contrataciones se formalizarán con la entrega de la correspondiente factura y serán autorizadas por el responsable del área encargada de los asuntos

administrativos de la entidad contratante, quien bajo su responsabilidad verificará que el proveedor no se encuentre incurso en ninguna inhabilidad o prohibición para celebrar contratos con el Estado.

Estas contrataciones no podrán emplearse como medio de elusión de los procedimientos.

El INCOP, mediante las correspondientes resoluciones, determinará la casuística de uso de la ínfima cuantía.

El INCOP podrá requerir, en cualquier tiempo, información sobre contratos de ínfima cuantía, la misma que será remitida en un término máximo de diez días de producida la solicitud. Si se llegara a detectar una infracción a lo dispuesto en el inciso precedente o un mal uso de esta contratación, el INCOP remitirá un informe a los organismos de control para que inicien las actuaciones pertinentes.⁹⁹

Si bien este método de contratación es de gran ayuda para atender necesidades urgentes de las entidades públicas, conlleva el problema de la discrecionalidad, aunque varía en sobre quién recae esta, pues a diferencia de los demás procedimientos de este tipo en donde es la máxima autoridad la que realiza la selección y adjudicación. En esta modalidad es el o la encargada de los asuntos administrativos la que decidirá a quien se le comprará los bienes, servicios u obras necesarios. La facultad discrecional lesiona al principio de participación nacional y sobre todo al de transparencia. Adicionalmente la publicidad de este procedimiento es mínima: se limita a que la entidad contratante informe a sobre las facturas de las adquisiciones realizadas mediante este método, lo que no es de utilidad alguna, pues no implica la participación de más oferentes, debido a que la publicación es extemporánea, simplemente de carácter informativo de lo que una institución realizó: únicamente

⁹⁹ Artículo 60. Ecuador. Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. R.O. 588-Suplemento, del 12 de mayo de 2009.

tiene utilidad para los órganos de control con el objetivo de fiscalizar la actividad estatal.

Otra característica peculiar de este sistema es que permite que oferentes que no estén registrados en el RUP participen y se vean beneficiados del dinero público, con lo que el Estado está corriendo el riesgo de contratar con personas naturales o jurídicas que pueden tener su capital fuera del país, inclusive en paraísos fiscales, lo que es ilegal y no constituye una práctica que pueda ser realizada por el Estado.

En un intento por subsanar la inseguridad generada por la disposición reglamentaria, el INCOP obliga a las entidades contratantes el solicitar a por lo menos tres proveedores, proformas del bien, servicio u obra que se desea adquirir.¹⁰⁰ Este procedimiento añadido por el Instituto Nacional de Contratación Pública no subsana en ninguna medida el incumplimiento de esta norma, pues el principio de participación nacional sigue siendo violentado por la discrecionalidad institucional.

En este procedimiento, la formalización de la contratación se realiza únicamente con la presentación de la respectiva factura, sin embargo no puede utilizarse esta modalidad, para procurar eludir los procedimientos que se crearon para cada tipo de adquisición bajo pena de sanción a quien lo aplicare con esta intención.

El INCOP, mediante su resolución No. 043-2010, explica la casuística del procedimiento de ínfima cuantía y de allí se desprenden tres características que aseguran un correcto manejo del sistema:

a) Que no consten en el Catálogo Electrónico vigente, para el caso de bienes y servicios normalizados;

¹⁰⁰ Artículo 7. Ecuador. Resolución INCOP No. 048-2011. R.O. 453, del 20 de mayo de 2011.

b) Que su adquisición no haya sido planificada, y en tal caso que no conste en el Plan Anual de Contrataciones PAC, o,

c) Que, aunque consten en el PAC, no constituyan un requerimiento constante y recurrente durante el ejercicio fiscal, que pueda ser consolidado para constituir una sola contratación que supere el coeficiente de 0,0000002 del Presupuesto Inicial del Estado.¹⁰¹

El literal *b)* de este artículo contraviene el objetivo de planificación que impone la Ley, al incluir un elemento que para existir debe de por sí contravenir la planificación, de lo contrario, sería inaplicable el procedimiento. Si bien esta característica es muy útil a las entidades públicas, no deja de contravenir a la Ley, por lo que es inaplicable.

Antonio Pérez en su obra advierte que: “*Estas contrataciones de ínfima cuantía no pueden ser periódicas, sino eventuales o que no se puedan determinar cuándo deben ser realizadas [...]*”¹⁰²

La Resolución N° 043-2010 señala en cuales circunstancias se pondrá en práctica la Ínfima Cuantía:

Los siguientes bienes y servicios podrán adquirirse a través del mecanismo de ínfima cuantía, independientemente de las condiciones señaladas en el artículo anterior:

a) Los alimentos y bebidas destinados a la alimentación humana y animal, especialmente de unidades civiles, policiales o militares, ubicadas en circunscripciones rurales o fronterizas;

b) La adquisición de combustibles y lubricantes;

c) La adquisición de repuestos o accesorios, siempre que por razones de oportunidad no sea posible emplear el procedimiento de régimen especial regulado en el Art. 94 del Reglamento General de la Ley Orgánica del

¹⁰¹ Artículo 1. Ecuador. Resolución INCOP No. 043-10. R.O. 188-Suplemento, del 7 de mayo de 2010.

¹⁰² José Antonio Pérez. Et. Al. Manual de Contratación Pública. Quito. Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011. Pág. 149.

Sistema Nacional de Contratación Pública; y,

d) El arrendamiento de bienes muebles e inmuebles, si su presupuesto anual de arrendamiento no supera el coeficiente de 0,0000002 del Presupuesto Inicial del Estado.

En los casos previstos por los numerales a), b) y c) de este artículo, el cálculo de la cuantía no se hará por todas las adquisiciones del correspondiente período fiscal, sino que se lo hará individualmente, por cada compra.¹⁰³

Como se puede ver el INCOP ha regulado las circunstancias en las que se puede aplicar el proceso de Ínfima Cuantía, sin reparar que este no puede ser aplicado pues contradice la Ley.

La utilización de este procedimiento es completamente ineficiente, debido a que no se ajusta ni a los principios ni a los objetivos que establece la Ley y al no estar previsto tampoco por esta, es inaplicable su creación a través del Reglamento, pese a que es de mucha utilidad para todas las entidades públicas no es beneficioso para los intereses del Estado y brinda pocas garantías y posibilidades de ejercer control.

5. EL ROL DEL INSTITUTO NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

La creación del Sistema Nacional de Contratación Pública se inscribió en la nueva filosofía estatal de compras. En este marco se resolvió también el establecimiento de un organismo rector de todo el sistema que planificara, regulara, controlara la aplicación de nuevos mecanismos y asegurará el cumplimiento de los objetivos trazados por la nueva Ley. Ese es el INCOP.

Créase el Instituto Nacional de Contratación Pública, como organismo de derecho público, técnico y autónomo, con personalidad jurídica propia y autonomía administrativa, técnica, operativa, financiera y presupuestaria. Su máximo personero y representante legal será el Director Ejecutivo, quien será designado por el Presidente de la República. Su sede será en la ciudad de

¹⁰³ Artículo 2. Ecuador. Resolución INCOP No. 043-10. R.O. 188-Suplemento, del 7 de mayo de 2010.

Quito, tendrá jurisdicción nacional, pudiendo establecer oficinas desconcentradas a nivel nacional.[...] ¹⁰⁴

La nueva Ley define principios y procedimientos que guían cada etapa precontractual y pone a disposición del público herramientas que no existían en las antiguas leyes de Compras Públicas y de Consultoría, como el Portal de Compras Públicas que constituye el mayor avance para la contratación a nivel nacional y un gran esfuerzo por nivelar a nuestro sistema con el resto de países de América Latina, en algunos de los cuales ya funcionaba desde hace algunos años la contratación electrónica como la principal ayuda para el desarrollo de la contratación administrativa.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, promulgada el 4 de agosto de 2008, planteó nuevos objetivos:

Son objetivos prioritarios del Estado en materia de contratación pública los siguientes:

- 1. Garantizar la calidad del gasto público y su ejecución en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo;*
- 2. Garantizar la ejecución plena de los contratos y la aplicación efectiva de las normas contractuales;*
- 3. Garantizar la transparencia y evitar la discrecionalidad en la contratación pública;*
- 4. Convertir la contratación pública en un elemento dinamizador de la producción nacional;*
- 5. Promover la participación de artesanos, profesionales, micro, pequeñas y medianas empresas con ofertas competitivas, en el marco de esta Ley;*
- 6. Agilizar, simplificar y adecuar los procesos de adquisición a las distintas necesidades de las políticas públicas y a su ejecución oportuna;*
- 7. Impulsar la participación social a través de procesos de veeduría ciudadana que se desarrollen a nivel nacional, de conformidad con el Reglamento;*

¹⁰⁴ Artículo 10. Ecuador. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. R.O. 395-Suplemento, del 4 de agosto de 2008.

8. *Mantener una sujeción efectiva y permanente de la contratación pública con los sistemas de planificación y presupuestos del Gobierno central y de los organismos seccionales;*
9. *Modernizar los procesos de contratación pública para que sean una herramienta de eficiencia en la gestión económica de los recursos del Estado;*
10. *Garantizar la permanencia y efectividad de los sistemas de control de gestión y transparencia del gasto público; y,*
11. *Incentivar y garantizar la participación de proveedores confiables y competitivos en el SNCP.*¹⁰⁵

Muchos de estos objetivos no constaban en la anterior Ley de Contratación Pública. Hoy constituyen un gran reto para garantizar el gasto público a través de la vigilancia de la calidad, la transparencia y la participación de micro, pequeños y medianos empresarios, a los que se abrió un mundo lleno de posibilidades

Estos objetivos, junto a los principios, condicionan los procesos de contratación pública y deberían, al menos teóricamente, ser el norte de aquellos; su prédica y práctica debería consolidar la Ley en el plazo inmediato. Los nuevos mecanismos de participación y de ejecución, al servicio de la ciudadanía y del Estado, permiten mirar hacia el futuro e incorporar cada vez mejores tecnologías y técnicas que permitan perfeccionar los procedimientos, asegurar la honestidad y la competitividad en los procesos de contratación y por tanto, una inversión inteligente, oportuna y beneficiosa.

La creación del Sistema Nacional de Contratación Pública conlleva la aparición de un monstruo en muchos sentidos; es tan grande la necesidad del Estado para contratar que era indispensable regular las acciones para adquirir bienes, realizar obras o prestar un servicio y en muchos casos prestar un servicio. La contratación pública es permanente; jamás las entidades estatales podrían prescindir de los procedimientos de adquisición; cada día se realizan grandes movimientos de dinero en pos de satisfacer las necesidades. No es suficiente que exista un cuerpo normativo que regule la ejecución de los procedimientos precontractuales y contractuales; era y es imperativo

¹⁰⁵ Artículo 9. Ecuador. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. R.O. 395-Suplemento, del 4 de agosto de 2008.

que exista un ente que se encargue de dirigir, coordinar, solucionar problemas en los procesos, así como facilitar tanto a contratantes como a proveedores las herramientas

La tarea que la legislación encarga al INCOP es de primordial importancia; sin su presencia no sería posible el funcionamiento de los sistemas sobre todo los de carácter informático que son la base de la ejecución y facilitan el acceso e información a los participantes, entes de control y a la ciudadanía en general.

5.1. El Instituto Nacional de Contratación Pública como ente regulador.

El fin fundamental del Instituto Nacional de Contratación Pública es velar porque se cumplan los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad y participación nacional en los diversos procedimientos de contratación y asegurar el cumplimiento de los objetivos del Sistema Nacional de Contratación Pública.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública otorga al INCOP las siguientes atribuciones:

[...] El Instituto ejercerá rectoría del Sistema Nacional de Contratación Pública conforme a las siguientes atribuciones:

- 1. Asegurar y exigir el cumplimiento de los objetivos prioritarios del Sistema Nacional de Contratación Pública;*
- 2. Promover y ejecutar la política de contratación pública dictada por el Directorio;*
- 3. Establecer los lineamientos generales que sirvan de base para la formulación de los planes de contrataciones de las entidades sujetas a la presente Ley;*
- 4. Administrar el Registro Único de Proveedores RUP;*
- 5. Desarrollar y administrar el Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador, COMPRASPUBLICAS, así como establecer las políticas y condiciones de uso de la información y herramientas electrónicas del Sistema;*
- 6. Administrar los procedimientos para la certificación de producción nacional en los procesos precontractuales y de*

autorización de importaciones de bienes y servicios por parte del Estado;

- 7. Establecer y administrar catálogos de bienes y servicios normalizados;*
- 8. Expedir modelos obligatorios de documentos precontractuales y contractuales, aplicables a las diferentes modalidades y procedimientos de contratación pública, para lo cual podrá contar con la asesoría de la Procuraduría General del Estado y de la Contraloría General del Estado;*
- 9. Dictar normas administrativas, manuales e instructivos relacionados con esta Ley;*
- 10. Recopilar y difundir los planes, procesos y resultados de los procedimientos de contratación pública;*
- 11. Incorporar y modernizar herramientas conexas al sistema electrónico de contratación pública y subastas electrónicas, así como impulsar la interconexión de plataformas tecnológicas de instituciones y servicios relacionados;*
- 12. Capacitar y asesorar en materia de implementación de instrumentos y herramientas, así como en los procedimientos relacionados con contratación pública;*
- 13. Elaborar parámetros que permitan medir los resultados e impactos del Sistema Nacional de Contratación Pública y en particular los procesos previstos en esta Ley;*
- 14. Facilitar los mecanismos a través de los cuales se podrá realizar veeduría ciudadana a los procesos de contratación pública; y, monitorear su efectivo cumplimiento;*
- 15. Publicar en el Portal COMPRASPUBLICAS el informe anual sobre resultados de la gestión de contratación con recursos públicos;*
- 16. Elaborar y publicar las estadísticas del SNCP; y,*
- 17. Las demás establecidas en la presente Ley, su Reglamento y demás normas aplicables.¹⁰⁶*

¹⁰⁶ Artículo 10. Ecuador. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. R.O. 395-Suplemento, del 4 de agosto de 2008.

Como ente regulador tiene jurisdicción a nivel nacional en la rectoría del Sistema Nacional de Contratación Pública. Una de sus principales funciones es vigilar el cumplimiento de las normas inherentes a los procedimientos de contratación. Es su deber exigir que las entidades estatales presenten a tiempo sus programas de adquisiciones; para el efecto debía expedir una norma técnica para encasillar a las necesidades de todas las instituciones públicas dentro de parámetros objetivos posibles de ser evaluados y que proporcionen información útil a los proveedores de bienes, servicios o ejecución de obras, de manera que también puedan programar su plan de acción con el objetivo de ofrecer la mejor propuesta y de esa forma adjudicarse la contratación que más les convenga de acuerdo a sus intereses y capacidades particulares. Esta facultad es muy importante porque, aunque como se ha mencionado, la planificación de una entidad estatal puede ser modificada sin límites durante el período fiscal en curso, esta modificación puede llegar a ser evaluada, a posteriori por las entidades de control a fin de verificar la conveniencia técnica y legal del cambio. Hay que recordar que las reformas en la planificación, para ser ingresadas en el Portal, deben ajustarse a los lineamientos y objetivos trazados previamente por el INCOP. Esta publicidad obliga a las entidades a precisar sus necesidades institucionales y demostrar que sean verdaderas y justificables bajo pena de sanción contra los funcionarios y empleados.

Uno de los papeles más importantes encargados al INCOP es la administración del Registro Único de Proveedores. El RUP contiene precios de bienes y servicios que la administración Pública requiere regularmente y los cataloga electrónicamente. Este registro cuenta con la información sobre los proveedores y los precios a los cuales ellos ofrecen estos bienes y servicios¹⁰⁷. Este registro viene a reemplazar al que cada entidad manejaba según la anterior ley en práctica que contravenía los principios de participación nacional, trato justo e igualdad, pues muchas personas y empresas capaces de ofrecer obras y servicios de buena calidad no podían participar por no estar inscritas en la base de datos de la entidad contratante. El RUP es el principal mecanismo de control que tiene el Estado, porque la persona natural o jurídica debe acreditar su idoneidad de forma documentada. De esta manera se previene que las contrataciones que hagan las entidades públicas sean celebradas con personas que no

¹⁰⁷ William López Arévalo. Tratado de Contratación Pública. Quito. Editorial Jurídica de Ecuador, 2011. Pág. 44.

se encuentran en regla o que sus capitales se encuentran en paraísos fiscales o tienen algún impedimento de carácter legal para convertirse en proveedores del sector público. Este registro cumple un papel primordial en cuanto a la seguridad de las transacciones.

A cargo del INCOP se encuentra el manejo y administración del Portal de Compras Públicas que es el medio informático a través del cual se canaliza toda información referente a las adquisiciones de todo tipo que realiza el Estado. Esta herramienta también es en parte responsable de que se pueda dar la participación nacional de manera real, pues a través suyo se envían invitaciones a los proveedores inscritos en las diferentes categorías, haciendo pública la necesidad de una determinada entidad para que presenten sus ofertas de manera oportuna. El Portal de compras es la base sobre la que se sostiene la contratación pública actual y debe ser actualizada permanentemente para brindar el mejor servicio. Esto demanda la utilización de equipos tecnológicamente vigentes y mantenimiento periódico que son de responsabilidad del ente regulador que lo administra. Fallas en el portal acarrearían muchos problemas e inclusive la pérdida de mucho dinero ocasionado por la imposibilidad de continuar con los procesos de contratación a nivel nacional. Para el adecuado funcionamiento del Portal, el INCOP ha emitido normas de utilización y parámetros de ingreso de datos. Un ejemplo de esto es la administración del Catálogo Electrónico; el INCOP es responsable del ingreso, actualización, vigencia de las ofertas y seguridad en las transacciones realizadas, así como del permanente mantenimiento del sitio de internet para que las instituciones del estado realicen de forma ágil este tipo de transacciones y de esta forma cumplir con los objetivos del Sistema Nacional de Contratación Pública.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece:

Serán Obligatorios los modelos y formatos de documentos precontractuales y la documentación mínima requerida para la realización de un procedimiento precontractual y contractual, que serán elaborados y oficializados por el Instituto Nacional de Contratación Pública, para lo cual podrá contar con la

*asesoría de la Procuraduría General del Estado y de la Contraloría General del Estado.*¹⁰⁸

Es responsabilidad del INCOP el proporcionar los modelos y formatos oficiales para que las entidades realicen sus procedimientos precontractuales; esta tarea, establece las condiciones generales de las contrataciones y, por tanto, facilita evaluar los errores y detectar anomalías en la fase precontractual de las distintas contrataciones.

La Disposición General cuarta del Reglamento General de Aplicación a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública manifiesta: “*CUARTA.- Las normas complementarias del presente Reglamento General serán aprobadas por el Director Ejecutivo del INCOP mediante resoluciones.*”¹⁰⁹. Al amparo de esta disposición el INCOP puede emitir normas de menor jerarquía con la finalidad de llenar los vacíos dejados por la Ley y su Reglamento. Esta facultad vuelve al Instituto Nacional de Contratación Pública en una especie de legislador acerca de la aplicación de los procedimientos, pues define nuevos criterios, aplica fórmulas necesarias para el desarrollo de temas que no están lo suficientemente descritos en la Ley y su Reglamento, lo que facilita la regulación y ajuste de procedimientos.

El INCOP en principio es un ente concebido con el objetivo de brindar eficacia a los procedimientos de contratación, pero al ser la contratación pública algo tan amplio puede tropezarse con la imposibilidad de dar abasto a todas las necesidades institucionales de forma particular. Si en gran medida el Instituto Nacional de Contratación Pública ha cumplido con los objetivos y atribuciones, no siempre se ha logrado los mejores resultados. En cualquier caso se puede afirmar que la intervención del INCOP ha sido reconocida por casi todos los actores de los procesos de contratación.

5.2. Mejoramiento del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Debido a que el proceso de reforma de la Ley y el Reglamento es complejo y toma bastante tiempo, el legislador dispuso que el ente a cargo de la contratación pública

¹⁰⁸ Artículo 27. Ecuador. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. R.O. 395-Suplemento, del 4 de agosto de 2008.

¹⁰⁹ Disposición General Cuarta. Ecuador. Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. R.O. 588-Suplemento, del 12 de mayo de 2009.

pueda emitir normativa de carácter complementario, lo que hace posible corregir errores y adaptar la normativa a los problemas reales.

Hay que entender a esta facultad como la oportunidad que se le da al ente regulador para facilitar la operatividad del sistema, para solucionar conflictos que no pudieron ser previstos al momento de la expedición de la Ley y el Reglamento. Esto no quiere por ningún motivo decir que el INCOP pueda emitir normas que contravengan a la Ley y al Reglamento General de Aplicación.

Desde su creación se concibió al Sistema Nacional de Contratación Pública como un ente perfeccionable y es mediante la evolución normativa que este alcanza su madurez. La herramienta utilizada por el ente regulador son las Resoluciones institucionales del Director Ejecutivo. Durante el tiempo que ha estado vigente la Ley se han expedido cincuenta (50) Resoluciones que completan el contenido de la Ley y su Reglamento General.

En ocasiones el INCOP se ha extralimitado en sus atribuciones y ha emitido regulaciones contrarias a las disposiciones de la LOSNCP. En el Art. 15 de la Resolución INCOP No. 023-09, del 12 de mayo de 2009¹¹⁰, pretendió dar al Instituto Nacional de Contratación Pública la capacidad de autorizar que se adjudique un procedimiento de Menor Cuantía de Obras a un oferente no registrado en el RUP, contraviniendo la disposición contenida en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública acerca de este caso específico: “[...] *En el caso previsto en el número 2¹¹¹ se adjudicará el contrato a un proveedor registrado en el RUP escogido por sorteo público de entre los interesados previamente en participar en dicha contratación. [...]*”¹¹². Esta disposición no permite en ningún momento al INCOP a autorizar la participación de un oferente no inscrito en el Registro Único de Proveedores, ni admite excepciones. Es posible decir que hay una mejora en la aplicabilidad del Sistema Nacional de Contratación Pública al permitir al Instituto la

¹¹⁰ Artículo 15.- Para participar en este proceso, los proveedores deberán estar registrados en el RUP. La excepción a esta regla, será conocida y autorizada expresamente por el INCOP.

¹¹¹ Artículo 51 número 2. Ecuador. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. R.O. 395-Suplemento, del 4 de agosto de 2008.- Se podrá contratar bajo este sistema en cualquiera de los siguientes casos:

2. Las contrataciones de obras, cuyo presupuesto referencial sea inferior al 0,000007 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico;

¹¹² Artículo 51. Ecuador. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. R.O. 395-Suplemento, del 4 de agosto de 2008.

regulación mediante la expedición de normas complementarias, pero no es absoluto; existen fallas que, confunden y dificultan la aplicación de las normas y entorpecen el procedimiento. Estas falencias ponen en duda la conveniencia de que el ente regulador posea esta facultad normativa.

5.2.1. Alcance de las normas emitidas por el Instituto Nacional de Contratación Pública.

Las normas complementarias del Instituto Nacional de Contratación Pública, de conformidad con el artículo 10 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, deben ser publicadas en el Portal www.compraspublicas.gob.ec. Siempre hay que insistir que serán aplicables siempre y cuando no contravengan a disposiciones jerárquicamente superiores como la Constitución de la República del Ecuador, Tratados Internacionales, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General de Aplicación. En caso contrario, los contratistas que se crean perjudicados bien podrían impugnarlas mediante el recurso administrativo objetivo o de anulación o a través de acciones de protección o inconstitucionalidad.

6. PROBLEMAS Y SOLUCIONES EN LA APLICACIÓN DE LOS DIFERENTES PROCESOS ORDINARIOS DE LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y SU REGLAMENTO GENERAL.

La ley es una norma general, obligatoria, que se presume conocida por todos y que regula una parte de las actividades sociales. Sin embargo de que su objeto es muy amplio, no es factible que abarque todas las circunstancias y todas las eventualidades. En ese marco deben examinarse los problemas que implica la aplicación de la Ley de Contratación Pública. Los problemas tienen que ver con la forma, por ejemplo con la redacción no siempre feliz y en algunos casos redundante, y, en el fondo con la inconveniencia y contradicción de algunas disposiciones y la multiplicidad de procedimientos

A ello deben sumarse los factores prácticos como la falta o deficiente planificación de las compras por las entidades públicas, la falta de capacitación de funcionarios y la inestabilidad de los directivos de esas entidades. Otros problemas detectados son la exigencia de requisitos adicionales a los constantes en los pliegos, una vez que ya se ha adjudicado la obra, y el intento de chantaje para la firma de contratos o el pago de planillas.

También se han constado tropiezos procesales que pueden ser solucionados de manera más sencilla. 74

6.1. Problemas encontrados y posibles soluciones

6.1.1. La falta de planificación por parte de las entidades contratantes.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública obliga a las entidades del sector estatal a publicar una programación de carácter anual de las adquisiciones que pretenden ejecutar en dicho período fiscal:

Las Entidades Contratantes para cumplir con los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo, sus objetivos y necesidades institucionales, formularán el Plan Anual de Contratación con el presupuesto correspondiente, de conformidad a la planificación plurianual de la Institución, asociados al Plan Nacional de Desarrollo y a los presupuestos del Estado.

*El Plan será publicado obligatoriamente en la página Web de la Entidad Contratante dentro de los quince (15) días del mes de enero de cada año e interoperará con el portal COMPRASPUBLICAS. De existir reformas al Plan Anual de Contratación estas serán publicadas siguiendo los mismos mecanismos previstos en este inciso. [...]*¹¹³

Si bien existe la obligación muchas veces las instituciones no se preocupan oportunamente de ver que necesidades tendrán. Su planificación suele basarse en datos históricos y en consultas superficiales, a medio año anterior, a los directores

¹¹³ Artículo 22. Ecuador. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. R.O. 395-Suplemento, del 4 de agosto de 2008.

departamentales que, a causa de sus múltiples ocupaciones, suelen poner cualquier cosa en los formularios destinados al establecimiento de las necesidades. He visto que lo común es fijarse metas operativas inmediatas y no proyectos a mediano plazo.

De esa falla en la planificación, se desprende el hecho de que el programa anual que, según la ley debe publicarse en los primeros días de enero de cada año, sea deficiente.

Para corregir los errores que la entidad detecta con el paso de los días, se ve obligada a realizar repetidas reformas de su Plan Anual de Contratación durante el transcurso del período fiscal. Las reformas se repiten según las nuevas necesidades institucionales que se expresan en acuerdos o resoluciones que no se publicitan con el debido tiempo de anticipación en la página Web institucional. Una efectiva publicidad permite que los potenciales oferentes de bienes, servicios u obras, se preparen para atender las necesidades institucionales de la mejor manera y con mejores precios, estableciendo un clima de leal competencia que permitiría un mayor beneficio para el Estado.

Las modificaciones al Plan Anual de Contratación institucional justifican la adquisición pero no cumplen con el principio de oportunidad. La falla en la planificación conduce a actitudes equivocadas por parte de sus autoridades: suelen querer evadir el procedimiento y realizar compras con procesos precontractuales no contemplados en la Ley o en su Reglamento General. Estos improvisados mecanismos carecen de transparencia, publicidad y concurrencia, y pueden exponer a autoridades y empleados a responsabilidades administrativas, civiles y hasta penales. Esas responsabilidades serán determinadas por la Contraloría General del Estado luego de los exámenes que realice a los procesos de compras públicas. Para evitar este problema las instituciones, midiendo el alcance de sus proyectos y planes estratégicos, debieran preparar, con la oportunidad apropiada, un inventario detallado y valorado de sus posibles adquisiciones y proyectar el gasto que se efectuaría el siguiente período fiscal. De esta forma se obligaría a los departamentos respectivos producir planes efectivos. Lo ideal sería formular un Plan Anual de Contratación que no se reforme en el ejercicio fiscal anual. Mientras más exitosos sean los planes de las entidades, más exitoso será el Plan Nacional de Desarrollo. , *El incumplimiento de los principios establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en los diferentes procesos de adquisición.*

Como ya se ha mencionado en el transcurso de esta disertación, los procesos descritos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y en su Reglamento General, fueron concebidos con la mejor buena voluntad por los legisladores, pero, las buenas intenciones a veces no bastan para asegurar los mejores resultados..

Muchos procedimientos tienen problemas con el cumplimiento de uno o varios de los principios legales, y, entre ellos, principalmente el de transparencia. Un ejemplo de las dificultades se encuentra en la aplicación del procedimiento de compras a través del Catálogo Electrónico. Se ha constatado que los ciudadanos no acceden al portal www.compraspublicas.gob.ec, porque la entidad contratante asigna una clave especial a ciertas personas con lo que se viola el principio de publicidad .

Los principios informan la filosofía del sistema y se expresan en su parte declarativa, mientras que el procedimiento que hace posible la ejecución integra la parte prescriptiva.

Si la parte prescriptiva no cumple con lo establecido en la parte declarativa, se provocaría daño, pues la norma se volvería no aplicable o parcialmente aplicable.

La posible solución sería promover una reforma legal para adaptar los procedimientos descritos en la Ley a los principios porque lo contrario, esto es eliminar algunos de ellos con la finalidad de subir su grado de aplicabilidad, no sería, éticamente aceptable.

Algo más sencillo pero también necesario es la reforma al Reglamento de aplicación de la LOSNCP, pues no se desarrolla con eficacia los fundamentos del Sistema Nacional de Contratación Pública. Las reformas deberían hacer posible la completa aplicación de los procedimientos. *La multitud de procedimientos para adquirir bienes, servicios y obras*

Si tomamos en cuenta únicamente los procedimientos ordinarios de contratación, nos encontramos con que existen tres procedimientos para contratar servicios de consultoría, seis tipos de procedimientos para contratar adquisiciones de bienes y servicios y dos para contratar la ejecución de obras lo que da un total de once procedimientos ordinarios . Esta variedad de procedimientos llega a entorpecer la ejecución y confunde tanto a oferentes como a entidades contratantes. Si bien la finalidad de cada uno de estos procedimientos puede variar es la cuantía, es decir el

valor de los bienes, servicios, obras y servicios de consultoría lo que les distingue a cada uno.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública define a los procedimientos dinámicos como los obligatorios. De ahí debe partir la aplicación de cualquier otro tipo de procedimiento de contratación de bienes y servicios, excluidos los de consultoría. Cuando no es posible aplicar estos procedimientos o se ha realizado la subasta inversa y se ha tenido que declarar desierto el procedimiento, se puede dar la reapertura bajo otra forma de contratación. Es decir, los procedimientos de cotización, menor cuantía de bienes y servicios y licitación de bienes y servicios, son métodos alternativos que no son comunes y se utilizarán en casos específicos en los que no sea posible ejecutar la adquisición por la vía dinámica.

No hay que negar la utilidad de estos tres procedimientos alternativos porque incluyen formas que no son propias de la subasta inversa o de la compra por catálogo, como la participación local de micro, pequeñas y medianas empresas a nivel cantonal, presente en la menor cuantía o la posibilidad de contratar bienes y servicios no normalizados, presente en la cotización, la menor cuantía y la licitación, dependiendo del precio del presupuesto referencial de la entidad para dicha contratación.

Existe un procedimiento más que es el de ínfima cuantía, dedicado únicamente a los bienes, servicios y obras, excluyendo a la consultoría, cuyo valor se encuentra por debajo del límite inferior establecido para la aplicación del procedimiento de subasta inversa, siempre y cuando, los bienes o servicios que se deseen adquirir no consten dentro del catálogo electrónico.

Como se puede apreciar, el asambleísta dio a cada procedimiento su utilidad y su validez dentro de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y posteriormente, el Reglamento desarrolló el procedimiento necesario para su efectivo uso, pero no se puede evitar hacer la reflexión de que estos en cierta manera son métodos alternativos o secundarios a la aplicación de los procedimientos dinámicos.

En cuanto a los procedimientos de consultoría, existen las tres modalidades: la contratación directa, la lista corta y el concurso público, que difieren mucho en procedimiento pero su aplicación se debe efectuar únicamente por la cuantía del servicio de consultoría requerido por la entidad contratante, lo que hace que la

existencia de tres procedimientos para contratar el mismo tipo de servicio, sea visto como un poco excesivo.

En el afán de simplificar y unificar criterios de contratación para un mejor manejo y control de las adquisiciones hechas por el estado, se deberían eliminar algunos de los procedimientos y ampliar los criterios de contratación para los restantes de manera que se pueda adquirir de una forma más ordenada que brinde la mayor cantidad de seguridades posible y se ajuste mejor a los fundamentos de contratación descritos en la Ley.

Una posible solución sería la reforma a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. A mi criterio los procedimientos que deberían sobrevivir son:

1. Concurso Público.- Debería realizarse toda contratación referente a consultoría independientemente de la cuantía del presupuesto referencial disponible por la institución contratante, porque estimo que garantiza el cumplimiento de las disposiciones legales y principios de la contratación pública. Por tanto deberían eliminarse los procedimientos más riesgosos y discrecionales como la contratación directa y la lista corta que aportan inseguridad y falta de control en el sistema.
2. Compras por Catálogo.- Si bien no es un procedimiento muy desarrollado y presenta todavía algunos inconvenientes en lo que se refiere a su aplicación, la compra electrónica es la tendencia regional hacia donde se dirige la contratación estatal del futuro. Una reforma legal debería promover que esta herramienta se siga desarrollando y permita mejorar los sistemas actuales de contratación pública.
3. Subasta Inversa Electrónica.- Para la adquisición de bienes y servicios que no consten en el catálogo electrónico, esta herramienta garantiza más que ninguna otra el cumplimiento de todos los principios fundamentales de la contratación pública contemporánea por lo que se debería potenciar sus capacidades, permitiendo que se adquiriera tanto bienes normalizados como no normalizados, pues posee la infraestructura necesaria para garantizar tanto la concurrencia, como la oportunidad y la transparencia en la compra de cualquier tipo de bien o servicio. La reforma legal debería incluir un criterio de igualdad que tome en cuenta a las micro, pequeñas y medianas empresas para que estas compitan

por las adjudicaciones entre iguales, obligando a que en la planificación anual de la institución se contemple adjudicar cierto porcentaje del gasto total a micro, pequeños y medianos empresarios y sustituyendo los márgenes de preferencia actuales que atentan contra el principio de igualdad.

4. Licitación.- La subasta inversa electrónica es el procedimiento más idóneo porque brinda las mayores garantías pero, es un procedimiento un poco largo. La reforma legal podría promover que se adoptara un criterio similar al de la subasta inversa para la adjudicación de un determinado porcentaje de las obras a ser construidas a micro, pequeños y medianos proveedores que debería constar en el Plan Anual de Contratación de la entidad, evitando la obligatoriedad de la participación cantonal, luego provincial, que atentan directamente con el principio de participación nacional descrito en la Ley.

6.1.2. El alto grado de discrecionalidad que existe en ciertas etapas de determinados procesos descritos en la Ley y en su Reglamento General

La discrecionalidad en los procedimientos de contratación pública es un elemento muy peligroso porque atenta contra los principios de transparencia y legalidad e, indirectamente, contra el resto de principios.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública tiene como uno de los objetivos prioritarios del Estado: “*Garantizar la transparencia y evitar la discrecionalidad en la contratación pública;*”¹¹⁴. La norma debe actuar en concordancia con directrices señaladas por el legislador de manera que se evite el abuso por parte de las autoridades institucionales y por consiguiente se produzcan actos que perjudiquen al Estado.

Una reforma legal debería prevenir o reducir al mínimo las posibilidades de la discrecionalidad de las autoridades.

Un ejemplo claro de la discrecionalidad se da en la Contratación Directa de Consultoría, en la cual la máxima autoridad está facultada a seleccionar a un solo consultor e invitarlo a que participe en el proceso que debería lógicamente terminar con la adjudicación y firma del respectivo contrato. Este hecho viola los principios de

¹¹⁴ Artículo 9, numeral 3. Ecuador. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, R.O. 395-Suplemento, del 4 de agosto de 2008.

transparencia, participación nacional, trato justo, oportunidad, concurrencia, igualdad, publicidad y legalidad, lo que no es para nada conveniente para el Estado. La situación se complica una vez que son las mismas normas las que admiten que se realice tome ese tipo de decisiones.

La facultad discrecional está presente en casi todos los procedimientos ordinarios de contratación en mayor o menor grado, afectando la seguridad jurídica. Considero que son las normas inmersas en el Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública las que causan dificultad y confusión en cuanto al cumplimiento de los fundamentos legales al momento de describir el procedimiento necesario para ejecutar los procesos descritos en la Ley. Por consecuencia se debería analizar cada uno de los procedimientos descritos en ambos cuerpos normativos y coordinarlos para que cumplan con los objetivos de la LOSNCP o por lo menos aumenten su grado de eficacia. *El permanente cambio tanto del Reglamento como de las Resoluciones emitidas por el INCOP*

Si bien el cambio de una norma puede ser beneficioso para atender las necesidades que se observan de su aplicación, el frecuente cambio podría acarrear confusión.

En el caso del Sistema Nacional de Contratación Pública este es regulado por tres tipos de normas: La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General y las Resoluciones emitidas por el Instituto Nacional de Contratación Pública. De estas tres normas la menos probable de cambiar es la Ley, pues se necesita seguir un procedimiento complejo para reformar este tipo de norma, no así es caso del Reglamento y más aún las Resoluciones emitidas por el INCOP.

El Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública ha sufrido varias reformas, la última el 14 de junio de 2011. Estos cambios afectan a los procedimientos de contratación, pues esta norma desarrolla extensamente los procedimientos que deben realizarse en cada etapa del proceso precontractual desde el inicio hasta la celebración del contrato en cada modalidad de adquisición de bienes, servicio, obras y consultoría. El cambio frecuente en una norma de este tipo acarrea el problema de aplicabilidad de esta, pues las instituciones a cargo de los procesos de contratación podrían aplicar regulaciones que ya han perdido su vigencia, por ser tan rápida la velocidad de evolución de la norma en cuestión.

Las Resoluciones del INCOP son más fáciles de expedir. La reforma de la Ley necesita de un trámite engorroso en la Asamblea Nacional; el Reglamento depende del Presidente de la República, pero las Resoluciones del INCOP únicamente dependen de la facultad administrativa de la máxima autoridad del ese organismo.

Se han emitido desde el año 2009, que se expidió el Reglamento a la LOSNCP, cincuenta Resoluciones, cada una con el propósito de complementar y normar la actividad contractual en los diferentes procedimientos y van desde la validación de modelos de pliegos para uso de las instituciones estatales, hasta normas específicas que regulan y amplían parte del procedimiento detallado en la Ley y en su Reglamento General. Es aquí en donde se encuentra mayor dificultad, pues la cantidad de normas es equivalente a emitir más de dieciséis resoluciones por año, lo que dificulta a las entidades públicas el seguimiento de los cambios efectuados por el INCOP de manera prolija.

Una posible solución sería limitar la facultad normativa del Instituto Nacional de Contratación Pública, ya sea mediante Ley o Reglamento. La limitación en cuestión debería establecer describir un procedimiento mediante el cual el Instituto Nacional de Contratación Pública, pueda reformar normas concernientes a procedimientos descritos en la LOSNCP y en su Reglamento general, siempre y cuando exista los meritos suficiente que avalen y respalden el cambio que se pretende incorporar a la normativa por medio de la herramienta legal idónea. Esta limitación ayudaría al INCOP a tener un mejor seguimiento de la problemática procesal que se suscita con la diaria aplicación de las normas de contratación pública, recogiendo los fundamentos suficientes para hacer cambios significativos y útiles dentro del marco de los principios y objetivos establecidos en la Ley.

6.1.3. La contratación local de artesanos y micro, pequeños y medianos empresarios

La Ley orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General, promueven la participación de artesanos y de micro, pequeños y medianos empresarios, a lo largo de su toda su extensión, para esto se ha ideado sistemas como son el margen de preferencia que se aplica en procesos como subasta inversa electrónica, así como la participación restringida a oferentes domiciliados en el mismo

cantón en donde se va a ejecutar la obra, prestar el servicio o entregar el bien materia del procedimiento contractual como es el caso de la menor cuantía.

Estos procedimientos si bien acercan la contratación pública a los sectores menos favorecidos y fomentan el crecimiento y desarrollo de las industrias de menor tamaño, muchas de estas de tipo familiar, los procedimientos utilizados para alcanzar esta meta, no son los más recomendables, pues se contraponen a los principios de participación nacional, igualdad y trato justo, lo que los debería volver inaplicables.

Uno de los objetivos del Sistema Nacional de Contratación Pública, es *“Promover la participación de artesanos, profesionales, micro, pequeñas y medianas empresas con ofertas competitivas en el marco de esta Ley.”*¹¹⁵

El margen de preferencia que otorga un porcentaje al micro, pequeño y mediano empresario, respectivamente, que le permite ofertar bienes o servicios con mayor costo a los ofrecidos por una empresa grande, viola el principio de trato justo e incumple con el principio de igualdad. Si la propia ley confiere un trato preferencial, el concurso resultaría inoficioso. Lamentablemente el margen se sigue aplicando en la subasta inversa electrónica.

Con relación a la menor cuantía, el hecho de circunscribir a los oferentes que pueden presentar sus ofertas a un cantón o a una provincia, atenta directamente con el principio de participación nacional e indirectamente con el de trato justo pues se da preferencia a los micro pequeños y medianos empresarios, discriminando al resto de posibles oferentes. Por lo tanto tampoco se cumpliría el principio de igualdad, debería revisarse.

Una posible solución a este problema sería el cambio de estos mecanismos por otros que faciliten planificar las contrataciones para este tipo de oferentes y utilizar el principio de igualdad entre pares. Este cambio debería darse mediante reforma a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y a su Reglamento General.

¹¹⁵ Artículo 9, numeral 5. Ecuador. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. R.O. 395-Suplemento, del 4 de agosto de 2008.

7. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

En el transcurso de esta disertación he analizado la eficiencia de las normas correspondientes a los procesos del régimen ordinario de contratación pública desde el punto de vista del cumplimiento de los principios y objetivos que traza la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Este análisis tuvo por objeto encontrar las falencias sobre su aplicabilidad con el fin de promover reformas o reflexiones para mejorar los procesos. Luego del análisis que me ha permitido este estudio he llegado a concluir que las normas de los mencionados cuerpos normativos no se ajustan a los principios, no cumplirían con la finalidad para la que fueron creadas, aún cuando la parte procedimental resultara útil y facilitara los procesos de contratación.

Es bajo esta óptica que he analizado cada uno de los procedimientos del régimen ordinario y al órgano rector de la contratación pública a nivel nacional

7.1. Conclusiones

1. En cuanto a la contratación de consultoría, se debe distinguir entre los distintos procedimientos involucrados, pues involucran diferentes condiciones de aplicabilidad y presentan un diferente grado de cumplimiento de la siguiente manera:

- a) Contratación Directa.- Si bien desde el punto de vista ejecutivo este procedimiento puede resultar conveniente, presenta un alto grado de discrecionalidad, lo que va en contra del objetivo planteado para el Sistema Nacional de Contratación Pública en el artículo 9 numeral 3 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y se opone a los principios de transparencia, legalidad, trato justo y concurrencia. Considero que este proceso es ineficiente, elimina la libre competencia e impide al Estado conseguir el mejor candidato y podría reflejarse en un perjuicio económico y ético. Lista Corta.- Considero que, en su mayor parte, este procedimiento es favorable a los intereses del Estado porque hace posible el control mediante la publicidad de los actos registrados durante la fase precontractual y revela los criterios utilizados por la entidad contratante al momento de calificar y

negociar las ofertas, con lo que cumple en buena medida con los principios de publicidad y transparencia. El problema que todavía mantiene es la discrecionalidad de la institución al momento de la invitación a los consultores, impidiendo la libre competencia, la participación nacional y la concurrencia, que podría afectar la transparencia y legalidad del proceso. Sin embargo, el recurrir a la precalificación soluciona el problema y aumenta notablemente el grado de transparencia del procedimiento. Lastimosamente el uso de esta herramienta es discrecional de la entidad contratante, lo que implica una mejora comparado con la contratación directa pero no lo convierte en una práctica eficiente ni totalmente apegada a los principios de contratación pública. Concurso Público.- Este procedimiento en lo que se refiere a consultoría, es el más eficiente, debido a que es el único proceso que se ajusta a los principios y objetivos que fundamentan la contratación pública ; garantiza en gran medida la transparencia, la legalidad y hace uso adecuado de las herramientas informáticas, por lo que cuida de los intereses estatales y transparencia del gasto público. Son por estas razones que puedo concluir que los procedimientos de contratación directa y lista corta, al no ajustarse plenamente a los requerimientos legales, no son convenientes para el Estado, mientras que la aplicación del proceso de concurso público, resulta idóneo para satisfacer las necesidades estatales sin desviarse del espíritu de la norma y a la vez cumpliendo con los objetivos del sistema.

2. Sobre los procedimientos dinámicos descritos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General, se puede decir que se ajustan en gran medida a lo requerido por la Ley; sin embargo no son procedimientos perfectos y presentan incongruencias en su aplicación, como son:

- a) Compras por Catálogo Electrónico: Este procedimiento facilita la contratación y favorece al cumplimiento de los objetivos y metas institucionales de la entidad contratante debido a la agilidad del sistema, presenta problemas sobre todo en lo que es la solución de inconvenientes, mismos que no están en manos de la entidad

contratante sino en la discrecionalidad del INCOP y no permite la debida aplicación del principio de publicidad, pues la ciudadanía no puede acceder a verificar las compras realizadas por la entidad contratante mediante esta herramienta, además permite un grado de discrecionalidad al momento de elegir el bien o servicio y el proveedor para realizar el pago. Si bien este procedimiento puede llegar a ser muy conveniente en muchos aspectos y además es la herramienta en la que se pretende fundamentar la contratación pública en el futuro, sin embargo este procedimiento debe ser perfeccionado, partiendo de la misma selección de los proveedores al momento de ingresarlos al catálogo electrónico, por lo que por más que sea obligatoria la utilización de esta herramienta, no es del todo conveniente debido a las dificultades que presenta todavía.

- b) Subasta Inversa Electrónica: Es el procedimiento que brinda el mayor grado de cumplimiento y que, a mi criterio, constituye el mayor avance en contratación pública. Sin embargo tampoco es un procedimiento perfecto. El inconveniente tiene que ver con la efectiva aplicación del principio de calidad, pues se enfoca más en el ahorro económico sin tomar en cuenta el carácter de los bienes. A pesar de esto considero que es el procedimiento más idóneo para realizar las adquisiciones de bienes y servicios que actualmente está al alcance del Estado y que se ajusta casi en su totalidad a los principios y objetivos planteados en la Ley.

Por estas razones los procedimientos dinámicos constituyen un gran avance en lo que se refiere a la contratación pública y permiten al país mirar al futuro mediante la inclusión de la tecnología como herramienta que ayuda a mantener el control en los negocios hechos por el Estado.

3. En cuanto a los procedimientos alternativos de contratación pública, si bien estos no son la primera opción al momento de contratar la compra de bienes o la prestación de servicios, son una opción que se utiliza de no ser aplicable el procedimiento dinámico o haber fracasado en el intento de lanzar una contratación mediante procedimientos dinámicos. Los principales inconvenientes que tienen estos mecanismos son:

- a) Licitación: En cuanto a la evaluación de las ofertas la normativa la da una apertura en cuanto a los miembros de la comisión que pueden estar presentes al momento de la calificación, dando la posibilidad de que esta comisión pueda ser conformada solamente con la presencia de dos de sus miembros lo que pone en riesgo la aplicabilidad del principio de trato justo, debido a que los miembros de la comisión presentes no necesariamente pueden conocer de la materia de la contratación no teniendo la capacidad técnica para evaluar la oferta lo que también pone en riesgo el cumplimiento del principio de calidad. Por lo demás este modo de contratación es conveniente para el Estado, debido a que cumple en gran medida con los objetivos y el espíritu de la Ley, favoreciendo a la ejecución del Plan estatal.
- b) Cotización: Este tipo de procedimiento cumple con los principios de participación nacional y publicidad, sin embargo, presenta dos grandes problemas la arbitrariedad al momento de aventajar a ciertos proveedores por el solo hecho de haber salido sorteados, lo que perjudica a los principio de igualdad, trato justo y calidad y se contradice al oponerse nuevamente al principio de participación nacional que antes había cumplido al dar preferencia a los oferentes que estén domiciliados en la localidad en donde se va a cumplir el objeto de la contratación. No me parece que este sea un procedimiento eficiente y tampoco conveniente para los intereses del estado ya que contraviene casi totalmente el espíritu de la norma.
- c) Menor Cuantía: Este es un procedimiento que podría ser conveniente para las instituciones que deben ejecutar obras de bajo costo, pero posee algunos problemas muy serios, el primero de estos es que se opone al principio de participación nacional y favorece a la participación local en la misma forma que lo hace la cotización, segundo es un método que permite la discrecionalidad de la máxima autoridad al momento de seleccionar a un único proveedor, lo que viola los principios de participación nacional, concurrencia, legalidad y sobre todo transparencia, no cumple

tampoco con el objetivos de eliminar la discrecionalidad del Sistema Nacional de Contratación Pública, por lo que no es beneficiosa la aplicación de este procedimiento para los intereses estatales, es más es peligrosa pues cae en incumplimiento.

- d) Ínfima Cuantía: Es un procedimiento que es muy beneficioso para la ejecución estatal, sobre todo de necesidades poco onerosas y urgentes, lo negativo de este procedimiento es que se opone a todos los principios señalados en la Ley y a la mayoría de los objetivos, así mismo, evita la planificación y permite que el Estado realice contratos riesgosos con personas que no están registradas en el RUP, violando también esta disposición legal. A más de eso este procedimiento no está contemplado en la Ley sino nace con la expedición del reglamento y está mayormente regulado por las Resoluciones que al respecto ha sacado el INCOP. Por tanto, si bien es conveniente, es poco aconsejable y muy peligroso para el estado el incurrir en la práctica de este procedimiento.

Con estas razones puedo concluir que el único de los procedimientos alternativos que es posible utilizar es la Licitación, través esto se deba en gran parte a que es un método muy antiguo que se ha perpetuado y por esta razón incurre en menos infracciones que el resto de procedimientos de carácter adicional, pese a las nuevas características que le ha dado la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Posiblemente este debería ser a mi criterio el único proceso para contratación de obras que contemple la Ley y su Reglamento General.

- 4. Debo decir que es positivo el hecho de que exista un órgano regulador de las actividades concernientes al Sistema Nacional de Contratación Pública, pues permite que se evalúen los procedimientos y brinda apoyo a las entidades públicas. Lo negativo es la facultad normativa que la Ley y el Reglamento han entregado al INCOP, pues si bien es complementaria, no responde necesariamente a las necesidades reales de los contratantes y en ocasiones se contrapone a la Ley e incluso al Reglamento, por lo que crea normativa que causa conflicto y genera una mala aplicación de la Ley, por lo que considero que deberían ser analizadas y limitadas para responder a las necesidades actuales.

5. Como conclusión general, pienso que el Sistema Nacional de Contratación Pública, es un notable avance y es relativamente eficiente. Como es de suponerse, al ser nuevo pues está vigente únicamente desde el año 2008, enfrenta dificultades de entendimiento y aplicación. Sin embargo las dificultades estos pueden ser solucionados con voluntad de los sectores público y privado involucrados en el proceso de contratación pública.

7.2. Recomendaciones

Después de haber analizado los diferentes procesos ordinarios del Sistema Nacional de Contratación Pública con respecto a su aplicabilidad en relación al espíritu que fundamenta la norma, hago las siguientes recomendaciones:

1. En cuanto a los procesos ordinarios, es necesaria una reforma a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública para adecuar las disposiciones legales que están dentro de su parte prescriptiva para que se ajusten plenamente a lo que su parte declarativa ha marcado como fundamento para una verdadera aplicación de la norma.
2. En cuanto a la aplicación de las normas dentro del ejercicio de la profesión, recomendaría, por más que sea imposible no caer en incumplimiento al aplicar procedimientos ordinarios, intentar utilizar en la medida de lo posible, únicamente los mecanismos que brindan mayor garantía y seguridad a las adquisiciones hechas por el Estado, como es el caso de las Compras por Catálogo Electrónico, la Subasta Inversa, La licitación y el Concurso Público de Consultoría, pese a que este último solo podría realizarse si la cuantía de la consultoría es por lo menos igual a la necesaria para realizar una Lista Corta, una vez que esta ha fracasado.
3. En el ámbito académico sería mi recomendación que en vez de enfocarse en la eficacia de los procedimientos al momento de analizar las normas, es decir en los resultados obtenidos, en las adjudicaciones realizadas y en el supuesto ahorro originado al Estado, cifras que no muestran la verdadera cara de la

contratación pública en nuestro país, se prefiera el análisis de la eficiencia de las normas, para de esta manera crear un verdadero criterio jurídico que favorezca a la aplicación y desarrollo del sistema y sus órganos, así como también impacte de manera positiva en la ejecución de las actividades de las entidades contratantes, mejorándolas.

BIBLIOGRAFIA

- Garófalo Salazar, Aurelio, Et. Al . *Manual de Contratación Pública*. Quito-Ecuador, Editorial Pudeleco, 2011.
- López Jácome, Nelson, Et. Al., *Interrogantes y Respuestas sobre la Nueva Ley de Contratación Pública*. Quito-Ecuador, Editorial Jurídica del Ecuador, Tercera Edición, 2011.
- López Arévalo, William. *Tratado de Contratación Pública*. Tomo I, Quito-Ecuador, Editorial Jurídica del Ecuador, 2011.
- López Arévalo, William. *Tratado de Contratación Pública*. Tomo II, Quito-Ecuador, Editorial Jurídica del Ecuador, 2011.
- Organización de Estados Americanos, *Curso en línea de Gestión de Compras Públicas*. Modulo I, 2011.
- Organización de Estados Americanos, *Curso en línea de Gestión de Compras Públicas*. Modulo II, 2011.
- Organización de Estados Americanos, *Curso en línea de Gestión de Compras Públicas*. Modulo III, 2011.
- Organización de Estados Americanos, *Curso en línea de Gestión de Compras Públicas*. Modulo IV, 2011.
- Garófalo Salazar, Aurelio, *Manual Teórico Práctico de Contratación Pública*. Quito-Ecuador, Editorial Pudeleco, 2004.
- Peres Useche, Marco, compilador, *Gobierno digital, tendencias y desafíos*. Bogotá- Colombia, Editorial Universidad Externado de Colombia, 2003.
- Sayagués, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*. Montevideo-Uruguay, Editorial Legal del País, 2007.
- Vargas, Jorge Enrique, *Contratación electrónica: Todo a la vista de todos, en Gobierno digital tendencias y desafíos*. Bogotá-Colombia, Editorial Universidad Externado de Colombia, 2003.
- *Diccionario Ilustrado Español-Latino, Latino-Español*, Barcelona-España, Editorial Bibliograf S.A., 1960.
- *Constitución de la República del Ecuador*, publicada en R.O. 449, del 20 de octubre de 2008.

- *Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva*, publicado en R.O. 536 del 18 de marzo de 2002.
- *Ley de Contratación Pública*, publicada en R.O. 272, del 22 de febrero de 2001.
- *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, publicada en R.O. 395-Suplemento, del 4 de agosto de 2008.
- *Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, publicado en R.O. 588-Suplemento, del 12 de mayo de 2009.
- *Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas*, México.

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, Juan Bernardo Ponce Cevallos, C.I. 170856412-3, autor del trabajo de graduación titulado: "LA EFICIENCIA DE LOS PROCEDIMIENTOS ORDINARIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA", previa a la obtención del grado académico de LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS en la Facultad de JURISPRUDENCIA:

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través de sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de la Universidad.

Quito, octubre de 2011



170856412-3